ومن یتوکل علی الله فهو حسبه

بعونه تعالی این کتاب مستطاب المسمی به

۱۲۸۹

شرح الیاس خیر

حسب فرمایش محمد صدیق و محمد اسمعیل پسران شیخ علی تاجر کتب مرحوم

در مطبع مرتضوی محمد عزیز الدین طبع شد

وقيل لا عطاء من احد الجانبين يكفي كما اذا ساوم ولم يكن معه وعاء فذهب بالمبيع مع وعاء البائع ثم جاء بالوعاء واعطى الثمن والمراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل واللحم والخبز والرمانة واذا اوجب واحد من المتعاقدين قبل الاخر في المجلس ان شاء واخذ كل المبيع بكل الثمن او ترك وهذا اختيار القبول وهو يمتد الى اخر المجلس وعند الشافعي على الفور وليس للاخر ان يقبل في بعض المبيع دون البعض الا اذا بين ثمن كل واحد بان قال بعت هذا بدرهم وذاك بدرهم فقبل احدهما بدرهم يجوز وقيل لا يجوز الا ان يقول بعت هذين بعت هذا بدرهم وقيل المشتري احدهما جاز اما اذا لم يكرر لفظ البيع لا يصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا وما لم يقبل الاخر بطل الايجاب ان رجع الموجب عنه لانه خال عن ابطال حق الغير او قام احدهما عن المجلس لان القيام دليل الاعراض والرجوع واذا وجد اي الايجاب والقبول لزم البيع فلا خيار لواحد منهما وقال الشافعي رح لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدنا ويعرف المبيع بالاشارة اليه وان لم يعرف القدر والصفة لا بذكر القدر والصفة بان قال بعت كذا من حنطة فان لم يكن مشارا اليه لم يصح العقد الا في السلم لانه انما يقع عادة بما ليس موجودا في ملك البائع فيعرف بذكر القدر والصفة ويعرف الثمن باحدهما اي بالاشارة او بذكر القدر والصفة والحاصل ان الاصل في المبيع ان يلاقي عينا لتحقق القدرة على التسليم فيعرف بالاشارة دون ذكر القدر والصفة اما الثمن فلا يجب ان يكون عينا لانه يثبت في الذمة فيكتفى فيه الاشارة او ذكر القدر والصفة ولا يضر الجزاف في جواز البيع كما اذا قال بعت هذه الصبرة من الحنطة بتلك الصبرة من الشعير ولم يعلم قدرهما جاز البيع الجهالة لا يمنع من التسليم الا في بيع الجنس بالجنس فانه لا يجوز لاحتمال الربوا وهذا شيئا مثل ما يدخل تحت الوزن او الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة

وان كان فى جنس واحد ويقع مطلق الثمن بان ذكر قدره ولم يذكر صفته كما اذا قال بعشرة دراهم على الاروج الغالب لان المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فكان التعين بالتعريف كالتعين بالنص فانصرف المطلق اليه فان استوى رواج فى النقود فسد البيع ان اختلف ماليتها وعيارها اى جودتها ورداءتها لان الثمن المسمى مطلق مجهول وهذه الجهالة يفضى الى النزاع اذ الطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب يسلم ادناه وكل هذه صفتها يمنع جواز البيع وان استوى رواجها وماليتها جاز البيع ويعطى المشترى اى نوع شاء اذ لا نزاع عند عدم الاختلاف فى المالية فان بيع شئ ذو افراد كل واحد منها بكذا فان لم يتفاوت فى الافراد صح البيع فى فرد واحد كما اذا باع صبرة حنطة كل صاع بدرهم صح البيع فى صاع واحد عند ابى حنيفة الا ان يسمى جملة صيعانها بان قال هذه الصبرة صياعان كل صاع بدرهم يصح فى الكل وقالا صح فى الكل سمى او لم يسم وان تفاوت افراده كما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فلا يصح البيع اصلا لا فى الواحد ولا فى الجميع ان لم يسم عدد الافراد فههنا ثلاثة اوجه اما ان جملة الصيعان وجملة الاغنام لم يبين جملة الثمن او بين جملة الثمن ولم يبين جملة الصيعان وجملة الاغنام ففى هذين الوجهين يجوز البيع فى الكل اجماعا لان المبيع لما صار معلوما بالتسمية وقد بين ثمن كل صاع وكل شاة فصار الثمن معلوما ضرورة وكذا عكسه وان لم يبين جملة الثمن ولا جملة الصيعان والاغنام فعنده لا يجوز الا ان يعلم عدد الصيعان والاغنام فى المجلس وعندهما يجوز فى الكل وان باع صبرة حنطة على انها مائة صاع بمائة درهم فان نقص الصاع عن مائة فالمشترى بالخيار ان شاء اخذ المشترى الموجود بالحصة من الثمن او فسخ البيع لانه لم يتم رضاء المشترى بالموجود فله الخيار وان زاد الصاع على المائة فللبائع الزيادة لان البيع قد وقع على

قدر معين فلا يستحق المشتري الزيادة عليه والقدر ليس بوصف حتى يتبع
الاصل وفي المذروع اي بان باع المذروع على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده
اقل من الذراع الذي سماه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بالاقل بكل الثمن او ترك
البيع وان وجده اكثر من الذراع الذي سماه كان الاكثر له اي للمشتري ولا خيار
للبائع واصله ان الذرع فيما يذرع يشبه الاوصاف اذ الاسم لا يتغير بزيادة الذرع
ونقصانه بل يتغير وصفه فيصير اطول واقصر وهما من الاوصاف فان زاد يسلم للمشتري
لان الصفة تابعة فيستحق باستحقاق المتبوع كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا سليم
واذا انتقص فقد فات الوصف المرغوب فيختل رضاءه فله الخيار في الاخذ وعدم الاخذ
كما لو اشتراه سليما فوجده معيبا ولا يحط شيء من الثمن لان الوصف لا يقابله شيء
من الثمن والفاصل بين القدر والوصف ان ما لا ينقص الباقي بفوته فهو اصل وما ينقص الباقي
بفوته فهو وصف فعلم من هذا ان القدر في المكيلات والموزونات اصل والذرع في المذروعات
وصف فان انتقص قفيز واحد من مائة قفيز لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن
الذي كان حصته مع القفيز الواحد وان انتقص الواحد من الثوب لا يشتري
بالثمن الذي كان يشتريه معه فان الغبي اي كان خمسة عشر ذراعا يشتري
بخمسة عشر دينارا اما اذا انتقص خمسة ذراع منه لا يشتري الباقي العشرة بعشرة
دينار لانه لا يكفي جبة وخمسة عشر يكفي واذا قال بعت المذروع على انه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فوجد المشتري اقل من عشرة او اكثر فبالحصة فيهما اي في الاقل
والاكثر فان وجده اقل فله الخيار ان شاء اخذ الاقل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ
البيع وكذا ان وجد اكثر فله الخيار ان شاء اخذ كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه
اذا قال كل ذراع بدرهم جعل الذراع اصلا لان مقابلة الثمن به من خواص كونه
جعل اصلا فان الثمن لا يقابل الاوصاف ونزل كل ذراع بمنزلة الثوب وصح بيع البر

مع الخيار وعند ابي يوسف رح فرض الكرم صحيح ان شاء والاول قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وهو الاصح ومنهم من قال ان الخيار فيما يتفاوت كالكرباس فلا ياخذ الزائد لانه في معنى المكيل كما في المحيط ١٢

محمد ملا شمس

فى سنبلة والباقلاء الاخضر ونحوه كالارز والسمسم والجوز واللوز والفستق فى قشره الاول وقال الشافعى رح لا يصح بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول وله فى بيع السنبلة قولان انما قال فى قشره الاول لان فيه خلاف الشافعى رح اما فى قشره الثانى يجوز اتفاقا

وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا فبيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا وان باعها بعد ان يصير منتفعا بها يصح وان باعها قبل ان يصير منتفعا بها بان لم تصلح تناول بنى آدم وعلف الدواب فالصحيح انه يصح لانه ان لم يكن منتفعا بها فى الحال فهو بعرض ان يصير منتفعا بها فى المآل بواسطة الترك وقال الشافعى رح لا يصح بيع ثمرة بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك ويجب على المشترى قطعها اى قطع الثمرة فى الحال ليفرغ ملك البائع وشرط تركها على الشجر يفسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد للمبيع ويشغل ملك الغير وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها وباعها مطلقا او بشرط القطع صح وان باعها بشرط الترك لم يصح قياسا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وصح استحسانا عند محمد وذكر فى الاسرار ان الفتوى على قوله لانه شرط متعارف بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لان الثمار على رؤس الاشجار تزيد وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع اعنى الارض والشجر فكانه ضم المعدوم الى الموجود فاشتراهما فيفسد البيع كالاستثناء قدر معلوم منها اى باع الثمر على الشجر واستثنى قدرا معلوما يفسد البيع لجهالة ما بقى بعد الاستثناء بل ربما لا يبقى شئ بعد الاستثناء وهذه رواية الحسن عن ابى حنيفة رح وفى ظاهر الرواية وهو قول مالك رح يصح البيع

فصل فى الخيار

هو التخيير بين الفسخ والاجازة صح خيار الشرط من اضافة الحكم الى سببه اى صح الخيار الذى يكون بسبب الشرط لكل واحد منهما من البائع والمشترى ولهما ثلثة ايام واقل ولا يصح اكثر منها عند ابى حنيفة وزفر والشافعى رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح ان كانت مدة معلومة طالت او قصرت والقياس يقتضى عدم جواز شرط

كفايه

واعلم ان الخيارات ثلثة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وهذا هو المذكور فى المختصرات ولكن خياران آخران احدهما خيار التعيين وسيجئ بيانه فى الكتاب والآخر خيار المغرور والعين خيار المتون غبنا فاحشا قالوا فى ان يرده على بائعه بحكم الغبن وقال ابو على النسفى فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى

عينى

الخيار لانه مخالف من مقتضى البيع وهو اللزوم وانما تجوز لقوله عليه السلام لحبان ان
سنقذ الانصاري اذا بايعت فقل لا خلابة بينهما ولى الخيار ثلاثة ايام ولياليها الا انه لا يجوز البيع
ان شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واجاز في الثلث خلافا لزفر والشافعي رح وانما يجوز
البيع ان اجاز في الثلاث مع انه ينعقد فاسدا لان المفسد قد زال قبل تقرره بدخول
يوم الرابع فيجوز العقد وقيل ان العقد لم يقع فاسدا بل هو موقوف والفساد يجئ
باتصال يوم الرابع فاذا اجاز قبل يوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد
وصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وكذا اى مثل خيار الشرط
ان اشترى لشرط انه لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام او اكثر فلا بيع بينهما وهذا
في معنى شرط الخيار لان الحاجة فيه مست الى انفساخ العقد عند عدم النقد دفعا
للضرر فعند ابي حنيفة شرط نقد الثمن جائز الى ثلاثة ايام والى الزيادة غير جائز
كشرط الخيار وعند محمد يجوز الزيادة على الثلث كشرط الخيار واما ابو يوسف فلم يجوز
شرط نقد الثمن الى الزيادة على الثلاث مع انه يجوز شرط الخيار على الزيادة لان القياس
ما قال ابو حنيفة رح فجرى في خيار النقد على القياس وفي خيار الشرط اخذنا الاثر وهو ما روي
ابن عمر رضي الله عنه وهو اجاز خيار الشرط زيادة على الثلاث وان نقد في الثلث
صح عندهم لزوال المفسد وعند زفر لا يجوز خيار النقد ولا يخرج مبيع عن ملك
باعه مع خياره لان العين لا يخرج عن ملكه بطريق التجارة الا برضائه وبشرط الخيار
فات رضاءه وفيه خلاف الشافعي رح فان قبضه المشتري فهلكه في يد المشتري في مدة
الخيار عليه القيمة ان لم يكن شئ مثلي فعليه القيمة وان كان مثليا فعليه المثل وقال ابو ليلى لا شئ عليه
لانه امين ونحن نقول البائع ما رضي بقبضه بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد مضمون
بالقيمة لان ضمان الاصلي هو القيمة وانما تحول الى الثمن عند تمام الرضاء ولم يوجد حين
شرط البائع الخيار لنفسه اما لو هلك في يد البائع فسخ كما في بيع البات كالمقبوض على سوم

يجوز فان نقد في الثلثة جاز في قولهم جميعا وقدم عند ابي حنيفة ومحمد اصلهما واما ابو يوسف فقد اخذ في شرط الخيار باثر ابن عمر رضي الله عنهما بانه اجاز الخيار الى شهرين وفي خيار النقد كما قال ابو حنيفة ١٢ برجندي

٥٣

صورة بيع البات اذا بيع البيع المطلق اى لا يكون لواحد من المتعاقدين خيار فان كان المبيع في يد البائع فهلك في بيع البات انفسخ البيع ١٢

المشتري بان ساوم الشئ وسمى الثمن وقبض ذلك الشئ وهلك في يده ضمن قيمته اذا لم يسم الثمن لم يضمن ويخرج المبيع عن ملك البائع مع خيار المشتري لان البيع في جانب البائع لازم فاذا قبضه المشتري فهلكه في يده بالثمن وقال الشافعي بالقيمة كتعيبه اي كتعيب المبيع بفعل المشتري او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او غيره لان المشتري عجز عن رد المبيع كما قبض فسقط خياره ولزم العقد وكذا الهلاك فانه لا يخلو عن مقدمة العيب فيجب على المشتري لكن لا يملكه المشتري اذا كان الخيار له عند ابي حنيفة رح وعندهما يملك المشتري وهذا اصل يبتني عليه مسائل اشار اليها بقوله فلا يثبت احكام الملك عنده كعتق قريبه اي لو اشترى قريب المحرم بالخيار لا يعتق عنده في ايام الخيار خلافا لهما ونحوه كما اذا اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح عنده وعندهما يفسد ولو ولدت المشتراة في يد البائع لا تصير ام الولد للمشتري عنده خلافا لهما وكما اذا حلف ان ملكت هذا العبد فهو حر وان اشتراه بالخيار لا يعتق في ايام الخيار عنده وعندهما يعتق وكما اذا اشترى عبدا بالخيار فحاضت في ايام الخيار لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء عنده وعندهما رح تعد من الاستبراء ولو ردت الامة بالخيار على البائع لا يجب الاستبراء على البائع عنده لان الاستبراء على البائع اذا ردت الامة بعد القبض وكما اذا اشترى وقبض المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده هلك مال البائع لان قبض المشتري قد ارتفع بالرد لان المشتري لم يملكه فلم يصح الايداع بل رده الى البائع رفع القبض فيكون الهلاك قبل القبض فيكون من المال البائع وعندهما لما ملكه المشتري يصح ايداعه ولم يرتفع القبض فكانه هلك في يد المشتري فيكون الهلاك من ماله وكذا اذا اشترى عند المأذون شيئا بالخيار فابرءه بائعه عن الثمن في مدة الخيار صح الابراء وبقي خياره فان اختاره كان المبيع له بلا ثمن وان فسخ عاد المبيع الى البائع لان عنده لم يملكه

فكان الرد امتناعا عن التملك والماذون يملكه كما لو وهب له شيء فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ من العبد تمليكا الى البائع بلا بدل وهو تبرع والماذون لا يملكه وكما اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على ان المشتري بالخيار وقبضها ثم اسلم المشتري بطل البيع عنده لانه لم يملكها فلو لم يبطل البيع يتملكها المشتري عند اسقاط الخيار بعد اسلامه فلزم تملكه المسلم الخمر وذا لا يجوز وعندهما نفذ البيع ولا يبقى الخيار لانه ان بقي كان له ولاية الرد والرد يكون تمليكا والمسلم لا يملك تمليك الخمر والفسخ اي فسخ من له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا لا يعمل في انتقاص البيع الا ان يعلم صاحبه بالفسخ في المدة اي في مدة الخيار فلو فسخ في حال غيبة صاحبه فان بلغه الخبر قبل مضي المدة انتقض البيع لحصول العلم واذا بلغه بعد مضي المدة تم البيع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد في حق الآخر وهو لا يخلو عن الضرر بالآخر وقال ابو يوسف والشافعي يجوز الفسخ بغير علم صاحبه بخلاف الاجازة اي ان اجاز البيع من له الخيار يعمل اجازته في نفاذ البيع وان لم يعلم بها صاحبه في المدة ويسقط الخيار بمضي المدة اي اذا مضت مدة الخيار تم البيع وقال مالك اذا مضت المدة ولم يجز البيع بطل البيع وبكل ما يدل على الرضاء كالركوب والوطي والاعتاق وغير ذلك لان هذه التصرفات دليل التملك وكذلك اخذ بالشفعة فلو اشترى على انه بالخيار ثلثة ايام فباع رجل دارا بجنبها واخذه المشتري بالشفعة صح اخذه وكان اخذها بالشفعة رضى بالبيع وشراء احد الثوبين او احد ثلثة اثواب على ان يعين واحدا من الثوبين او الاثواب صح وهذا خيار التعيين لا يصح في الاكثر من الثلثة عندنا ويصح كما في الثلثة وعند زفر والشافعي لا يصح في الكل وهو القياس لجهالة المبيع لان المبيع احد الثوبين او احد الثلثة وهو مجهول ولكنا نقول جوز ذلك لكون الحاجة الى التروي لاختيار الرفق والجهالة ههنا لا يفضي الى النزاع لان الامر مفوض الى المشتري فيختار ايا شاء ويرد الباقي

والحاجة تندفع بالثلثة لاشتمال على الجيد والردي والوسط وفي الاربعة لم يجد الحاجة فلم يجوز وشراء العبدين بالخيار صح ان فصل الثمن وعين محل الخيار اي باع عبدين باع على انه بالخيار في احدهما او كان الخيار للمشتري ان فصل الثمن وعين محل الخيار كما اذا باع سالما وغانما بالفين كل منهما بالف على ان البائع او المشتري بالخيار في سالم ثلثة ايام صح البيع وفسد في الآخر الباقية وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار كما ذكرنا والثاني ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما اذا باع سالما وغانما بالفين على ان البائع او المشتري مخير في احدهما والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما اذا باعهما بالفين كل واحد بالف بشرط الخيار في احدهما والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن كما اذا باعهما بالفين بشرط الخيار في سالم ففي الوجه الاول صح البيع وفي الاوجه الثلثة فسد لجهالة المبيع او الثمن فان من فيه الخيار غير داخل تحت الحكم للبيع فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار البيع مجهولا والثمن يثبت بطريق الحصة بالتقسيم فيكون مجهولا وعبد مشتري بشرط كتبه او خبزه وامة مشتراة بشرط انها بكر ولم يوجد هذه الاوصاف في المشتري يخير المشتري لفوات الوصف المرغوب ما رضي بدونه واذا اخذ المشتري اخذ بثمنه جميعا او تركه لان الوصف لا يقابلها شيء من الثمن وهذا الشرط لا يفسد البيع لان كل شرط في البيع يرجع الى بيان صفته المبيع لا يفسد العقد لكونه ملائما كاشتراط صفة السلامة عن العيب ويورث خيار التعيين كما اذا اشترى احد الثوبين بعشرة على ان يعين ايا شاء فمات المشتري يقوم وارثه مقامه وله ان يعين ايا شاء والعيب لان الوارث يستحق المبيع سليما عن العيب كالميت فاذا وجد فيه عيبا له ان يرده لا خيار الشرط فان العقد يتم بموت من له الخيار ويبطل خياره بموته وقال مالك ينفسخ العقد وقال الشافعي رح خيار الشرط يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه واجمعوا على انه لو مات من عليه الخيار بقي الخيار لمن له الخيار وكذا لا يورث خيار الروية لان الخيار يثبت للعاقد بالنص كما سيجيء والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار

فصل

صح شراء ما لم يره كما اذا اشترى زيتا في زق او برا في جوالق واتفقا على انه موجود في ملكه لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره

فله الخيار اذا رآه وقال الشافعي لا يصح العقد لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من
اشترى الى اخره وللمشتري الخيار عندها اى عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء ترك وخيار
الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد مبطلا لان الحديث اثبت خيارا مطلقا للمشتري
فلا يتوقف ويبقى وان رضى المشتري قبلها اى قبل الرؤية لان الخيار تعلق ثبوته بالرؤية
فلا يثبت قبلها ويكون معدوما فلا يصح اسقاط الخيار لكن لو فسخ البيع قبل الرؤية نفذ الفسخ
لان العقد غير لازم لا يصح الخيار لبائعه بان لم يره بان ورث شيئا فباع قبل الرؤية فانه
لا خيار له اذا رآه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له ويبطله
اى خيار الرؤية وخيار الشرط تعيبه قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا ينفسخ كالاعتاق والتدبير او
يوجب حقا لغيره كالبيع المطلق بلا خيار والرهن والاجارة والهبة مع التسليم فان هذه التصرفات
يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما تعلق بالمبيع حق الغير يتعذر الفسخ فيسقط الخيار وما
اى التصرف لا يوجب حق الغير كالبيع بخيار الشرط للبائع ومساومته بان عرض الى البيع وهبة
بلا تسليم يبطل الخيار بعدها اى بعد الرؤية لانها اسقط الخيار تصريح الرضاء فيسقط
بدليله ايضا وهذه التصرفات دليله فقط اى لا قبل الرؤية لان الخيار لا يبطل قبلها
بصريح الرضاء فلا يسقط ايضا بدليله الا اذا تعلق به حق الغير كان مانعا من الفسخ
كما ذكر وان باع قبل الرؤية بشرط الخيار للمشتري ورد المشتري عليه بخيار الشرط
ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية ولا يعتبر رؤية كل المبيع لتعذرها اذ البواطنى
والدقائق لا يرى بل يعتبر رؤية المقصود من المبيع كوجه الامة والغلام لان العلم
به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار ووجه الدابة
وكفلها وشرط بعضهم رؤية القوائم وعن محمد رؤية الوجه يكفي في بني آدم وموضع علم الثوب
المعلم فما لم يره موضع العلم لا يسقط خياره لان المالية يتفاوت بحسنه وظاهر ثوب غيره
اى غير المعلم وعند زفر لا بد من نشره ورؤية كله وبيوت من دار مقصودة حتى لو كان

فی الدار بیتان شتویان وبیتان صیفیان وبیتان طابق یشترط رویة الکل کما یشترط رویة صحن الدار ولا یشترط رویة المطبخ والمزبل والعلو الا فی بلد یکون العلو مقصودا ویعتبر نظر وکیله بالشراء فبرویته یسقط خیاره اجماعا ویعتبر نظر وکیله بالقبض حتی لو اشتری طعاما فوکل رجلا کما فی سمرقند وبعضهم شرط رویة الکل وهو الاظهر ویعتبر بالقبض فقبضه الوکیل بعد ما راه فلیس للمشتری ان یرده اذا راه ولا یعتبر نظر رسوله فان ارسل رسولا بالقبض فقبض الرسول بعد ما راه فللمشتری ان یرده وصورة الوکیل ان یقول المشتری لغیره کن وکیلا عنی بقبض المبیع وصورة الرسول ان یقول کن رسولا عنی بقبضه وهذا عند ابی حنیفة وعندهما الوکیل والرسول سواء وللمشتری ان یرده اذا راه وصح عقد الاعمی بان اشتری او باع وقال الشافعی لا یصح لانه لا یجوز شراء ما لم یره وله الخیار اذا راه ویعتبر جس الاعمی المبیع اذا کان ما یعرف بالجس وشمه اذا کان یعرف بالشم وذوقه اذا کان یعرف بالذوق لان هذه الاشیاء تفید العلم کما فی بصیر ویعتبر وصف العقار عنده بالبلغ ما یمکن فاذا قال رضیت سقط خیاره وعن ابی یوسف انه یقاد الی ذلک الموضع فاذا صار بحیث لو کان بصیرا لراه کان فقال رضیت سقط خیاره وقال الحسن بن زیاد وهو روایة عن ابی حنیفة یوکل بصیرا لیقبضه وهو ینظر الیه ومن رای شیئا ثم اشتری بعده فله الخیار ان تغیر لانه اشتری عینا لم یره لانه بالتغیر صار شیئا اخر فلا یفید الرویة السابقة وان لم یتغیر فلا خیار له وان اختلفا فی التغیر فقال المشتری تغیر وقال البائع لم یتغیر کان القول للبائع مع یمینه فی عدم التغیر وعلی المشتری البینة وهذا اذا کان المدة قریبة لیعلم انه لا یتغیر فی مثل ذلک المدة فان بعدت المدة بان رای منه شابة ثم اشتریها بعد عشرین سنة وزعم البائع انه لم یتغیر فالقول للمشتری وان اختلفا فی الرویة فالقول للمشتری فی عدم رویته مع الحلف لانه ینکر امرا حادثا

فصل فی خیار العیب

فی الرویة والمشتری وجد عیبا بمشتریه نقص ثمنه عند التجار رده مبتدأ المشتری خبره او اخذه ای المبیع بکل ثمنه ولیس للمشتری امساکه واخذ نقصان العیب والاباق والبول فی الفراش وسرقة صغیر یعقل عیب اما سرقة

صغیر لا یعقل فلیس بعیب وکذا البول فی الفراش لا یکون عیبا فی الصغیر جدا والعیب فی السرقة لا یختلف بین ان یکون من المولی او من غیرہ الا فی الماکولات فان سرقة ما یوکل لاجل الاکل من المولی لا یعد عیبا ومن غیر المولی یعد عیبا وسرقة ما یوکل لا لاجل الاکل بل للبیع من المولی ومن غیرہ عیب والبول والاباق والسرقة من بالغ عیب اٰخر ومعنی ھذا اذا ظھرت ھذہ العیوب عند البائع فی صغرہ ثم حدثت عند المشتری فی صغرہ فھو عیب ویردہ بہ لاتحاد العیب باتحاد السبب واذا وجدت ھذہ الاشیاء فی الصغیر عند البائع فباعہ فوجدت عند المشتری بعد البلوغ لم یردہ لاختلاف العیب باختلاف السبب وان وجدت ھذہ الاشیاء بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشتری یردہ بہ لان شرط استحقاق الرد وجود العیب عند البائع والمشتری فاما العیب الذی فی ید البائع لا یوجب الرد للمشتری مع عیب حدث فی یدہ فالاباق والبول فی الفراش والسرقة فی حال الصغر لحب اللعب والبول فی الفراش ھو لضعف المثانة وقلة التامل فی العواقب وفی حال الکبر لخبث الباطن وداء فیہ وخبث فی الطبیعة ورغبتہ فی المال فاختلف السبب فیختلف العیب وجنون الصغیر عیب ابدا یعنی اذا جن عند البائع فی الصغر وفی الکبر یردہ لانہ عین الاول لان السبب متحد وھو آفة فی الدماغ وقیل اذا اشتری عبدا قد جن عند البائع فلہ ان یردہ وان لم یجن عند المشتری والجمھور علی انہ لا یردہ ما لم یعاد عند المشتری وھو الصحیح والبخر ھو نتن رائحة الفم والدفر بالدال المعجمة والتحریک ھو مراد الفقھاء رائحة منتنة فی الابط والزنا والتولد منہ عیب فیھا ای فی الامة لا فیہ ای فی العبد لان المقصود من الامة الاستفراش وزناھا وکونھا ولد زنا یخل ھذا المقصود والمقصود من العبد الاستخدام وزناہ وکونہ ولد زنا لا یخل ھذا المقصود الا ان یکون الزنا عادة لہ وقال الشافعی رح الزنا عیب مطلقا کالسرقة والکفر عیب فیھما ای فی الغلام والجاریة لان طبع المسلم ینفر عن صحبة الکافر والاستحاضة وارتفاع الحیض من بنت سبع عشر سنة عیب لانھا

لان الغالب فی الصغیر ... والا ... من الثمن عیب ... الا بالعیب ... دون الوصف ... ینقص فی الثمن عیب ... قولہ فیھا ای فی الجاریة ... لا فیہ ای فی العبد ... [illegible]

الا فی الزنا ... المعاودة فی ید المشتری فی جمیع العیوب ... یکون الزنا عادة ... لان المقصود منہ الاستخدام ... فھو عیب فی الغلام ... [illegible]

دليل داع في الباطن وانما يعرف هذا بقول الامة لانه لا طريق لمعرفة
ذلك الا بهذا ثم يستحلف البائع مع هذا وان كان بعد القبض فترد
بنكوله وان كان قبل القبض فكذلك في الصحيح وعن محمد يرد بلا
يمين البائع وان ظهر عيب قديم بعد ما مات العبد المشترى في يد
قبل رؤية العبد او اعتقه مجانا او دبره او استولد الامة المشتراة
المشترى رجع على البائع بالنقصان فان الموت لا يبطل الرجوع بنقصان
العيب لان الملك قد ينتهي بالموت فامتناع الرد امر حكمي لا بفعل المشترى
اذ لا صنع له فيه اى الموت واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع
بالنقصان وهو قول الشافعي رح لان امتناع الرد بفعله وهو الاعتاق
فصار كانه حابس له ويريد الرجوع وفي الاستحسان يرجع بنقصان
العيب لان الاعتاق انهاء للملك واتمام له لان الملك في الآدمي
يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهي ويتقرر
بمضى مدته فيشبه بالموت فيرجع فيه كما يرجع في الموت
والتدبير والاستيلاد كالاعتاق فان المحل بهما يخرج من ان
يكون قابلا للانتقال الى ملك من ملك فقد تعذر الرد
فيرجع بنقصان العيب لا يرجع بنقصان العيب بعد ما اعتق
العبد على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب لانه زال ملكه اى ملك
معتق بعوض فصار كالبيع وعن ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول ابي يوسف انه يرجع لان البدل والمبدل ملك
فصار كالاعتاق بلا مال او قتله لان القتل فعل مضمون
اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما يسقط الضمان

عشرا فيرجع بعشر الثمن وان كان نصفا فنصفه ١٢ قهستاني

قوله بالعيب بنقص الثمن اي بالنقص وهو التفاوت ما بين قيمته تقوم بلا عيب ومع عيب فان كان التفاوت بين القيمتين

قوله بالنقصان كما في المحيط لم يرجع الخ

قوله في البيع فلو هلك قبل الظهور ١٤

قوله المشترى فان قتل غيره ضمن القيمة وعنهما يرجع بالنقصان كما في المضمرات

والاصل انه ان تلف المشترى من غير فعل المشترى كالموت رجع به وكذا من فعله فلا لم يضمن به لو وقع عنه في ملك الغير كالاعتاق مجانا و

انما الشرف بالاعتاق على مال فيما عتق ضمن ليعتق ١٢ قهستاني

وعن ابي يوسف

ههنا باعتبار الملك فيصير كانه استفاد عوضا عن العبد فلا يرجع وعن ابى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه مات حتف انفه اوكان المشترى طعاما فاكل بعضه ثم اطلع على عيب لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقى لان الطعام فى الحكم كشئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله انه يرجع بنقصان العيب فى الكل وعنهما ان يرد ما بقى ويرجع بنقصان فيما اكل او اكل كله لان تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب بسلامة العوض له وعندهما رحمهما الله يرجع اوكان المشترى ثوبا او لبس فتخرق لم يرجع لما ذكرنا انه تعذر الرد بفعل مضمون وعندهما يرجع وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث عند المشترى عيب اخر كما اذا اشترى ثوبا فقطعه ولم يخط فوجد به عيبا اخر رجع به اى بنقصان العيب لامتناع الرد بسبب القطع لكونه عيبا حادثا الا ان ياخذ البائع ويقبل كذلك اى معيبا لان الرد امتنع لحق البائع وقد رضى به فزال المانع وهذا ما لم يختلط المبيع بملك المشترى وان اختلط بان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او اصفر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب فانه لا ياخذه البائع ورجع بنقصان العيب لاختلاط المبيع بملك المشترى وهو الخيط والصبغ والسمن فيمتنع الرد لحق الشرع لان زيادة الحالة اذ هو فى معنى وحرمة الربوا حق الشرع فلا يرجع المشترى على البائع بنقصان العيب ان باع ما اختلط بملك المشترى

قبله اى قبل ظهور العيب والرؤية لان المشترى حبس المبيع على البائع بالبيع لا بعده لان الرد
كان ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى فلم يكن المشترى حابسا للمبيع
والاحسن فى العبارة هذا فيرجع المشترى ان باعه بعده لا قبله والا بكل لو كان المبيع قائما
ويمكنه الرد برضاء البائع فان باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع
صار ممسكا للمبيع معنى فكان المبيع فى يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب وثمه ليس له ذلك
فكذا اذا باعه فى كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه لا يمكنه رده وان رضى بائعه به فاذا خرج
عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر ممسكا للمبيع ببيعه هكذا
ذكروا وعلى هذا الاصل ينبغى ان يرجع المشترى على البائع ان باع ما اختلط بملكه قبل ظهور
العيب والرؤية لان المبيع لو كان قائما على ملك المشترى لا يمكنه رده وان رضى البائع به
لان المبيع اختلط بملك المشترى فيمتنع الرد لحق الشرع للزيادة الحادث فينبغى ان يرجع بالنقصان
وبعد كسر الجوز اى من اشترى جوزا ونحوه كالبيض والبطيخ والقثاء والخيار وكسرها فوجده
فاسدا رجع بالنقصان فى المنتفع به للانسان او الحيوان مع فساده ولا يرده لتعذره بالكسر
لانه عيب حادث وقال الشافعى انه يرده اذ كسره مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب ورجع بالكل اى
بكل الثمن فى غيره اى فى غير المنتفع به اصلا اى بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب
كالقرع اذا وجده مرا او البيضة اذا كانت مذرة هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان
تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشئ وان اشترى عبدا فجاء بالعبد الى البائع
وادعى الاباق يسال القاضى عن البائع ا به كان هذا العيب فى يده ام لا فان اقر ثبت العيب فى
حق سماع الدعوى وان انكر اثبت اولا انه ابق عنده بالبينة او بنكول البائع عن الحلف
على العلم اى يحلف البائع ما تعلم انه ابق عند المشترى وهذا قولهما واختلف المشائخ
على قول ابى حنيفة فقيل يحلف عنده ايضا وقيل لا يحلف عنده هو الصحيح لان التحليف
شرع لرفع الخصومة متحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا ينقطع الخصومة بينهما

بل تحقق خصومة اخرى فانه متى نكل عن اليمين تحقق العيب في الحال فتحقق بينهما خصومة
اخرى وهو ان هذا العيب ليس بحادث عنده عند البائع ويحتاج الى استحلاف البائع مرة اخرى فان
المشتري اقام البينة انه ابق عند البائع او حلفه انه باعه وسلمه وما ابق وحلف بالله ماله
حق الرد عليه بهذا الدعوى وانما يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه ولا يحلف بالله
لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه ترك النظر للمشتري لانه ان ابق بعد البيع
قبل التسليم لا يحنث لانه حينئذ يتعلق الحنث بقيام العيب في الحالين والمعلق
بالشرطين لا ينزل الا عند وجودهما ولا ثمن على المشتري اذا ادعى العيب حتى تبين عدمه
بحلف او غير ذلك لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه
بدعوى العيب لان حقه في التسليم ومداواة العيب وركوبه في حاجته رضاء
الاصل ان المشتري اذا تصرف في المبيع بعد علمه بالعيب تصرف الملاك بطل حقه
في الرد لانه دليل الرضاء بالعيب لا يكون ركوبه لرده او سقيه او شراء علفه والحال
انه لا بد منه لا يكون رضاء لانه يحتاج في رده الى سوقه وربما لا ينقاد له ما لم يركبه
وكذا في السقي وشراء العلف ولو اختلفا فقال البائع ركبته لحاجتك وقال المشتري لا بل
لرده عليك فالقول للمشتري ولو اشترى عبدين صفقة واحدة الصفقة ضرب اليد
على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما جميعا
قيل هذا في شيئين يمكنه افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن افراد احدهما بالانتفاع
كزوجي الخفاف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما وقال زفر له ردهما الا رد احدهما ولا
اي وان لم يقبضهما سواء لم يقبض واحدا منهما او قبض احدهما سواء وجد بغير المقبوض عيبا او بالمقبوض
اخذهما جميعا او ردهما وعن ابي يوسف انه اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة والاول هو الصحيح وانما
جاز رد احدهما بعد قبضهما لان الصفقة تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة وتفريق الصفقة
بعد تمامها جائز بخلاف ما قبل القبض فان الصفقة لا يتم مع عدم القبض لان للقبض شبها

شرح وقاية

اي شراء واحدا بان لم يتكرر لفظ فانها في الشريعة عبارة عن العقد نفسه وفي اللغة ضرب اليد على اليد عند البيع والبيعة والاسم الصفقة ١٢ جامع الرموز

لا يتم الصفقة قبل القبض والمبيع وهو اسم للكل ١٢

عناية

بالعقد فانه يثبت ملك التصرف واليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد كما اذا وجد البائع في شيئين قبل المشتري احدهما فانه غير جائز كما في الكيلي والوزني يعني لو كان المبيع كيليا او وزنيا من نوع واحد ووجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله وليس له ان يرد المعيب خاصة وان قبض ما قبض القبض فظاهر لان فيه تفريق الصفقة على البائع قبل الاتمام وكذا بعد القبض لان المكيل والموزون كشيء واحد ولو كان المبيع شيئا واحدا حقيقة ووجد ببعضه عيبا بعد القبض لا يرد المعيب فقط بخلاف العبدين اذ كل واحد منهما مال بصفة الانفراد وقيل هذا اذا كان الكيلي والوزني في وعاء واحد لما اذا كانا في وعائين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر ولو استحق البعض من الكيلي والوزني لم يرد الباقي لان الشركة في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقدين وهذا اذا كان بعد القبض ولما لو استحق البعض قبل القبض فللمشتري حق الفسخ في الباقي لتفريق الصفقة قبل الاتمام بخلاف ما اذا استحق بعض الثوب فان له الخيار في رد الباقي اذ تبعيض فيه عيب يضره وصح لو برئ البائع عند البيع من كل عيب وان لم يسم العيوب ولم يعدها فليس للمشتري ان يرد بعيب وقال الشافعي رح لا يصح البرء من كل عيب ما لم يسم فيقول برأت من كل عيب كذا وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعند زفر رح يصح البيع ويبطل الشرط ثم يدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد وزفر رح لا يدخل الحادث

فصل في البيع الصحيح والفاسد والمكروه

والصحيح ما كان مشروعا باصله ووصفه والفاسد ما كان مشروعا باصله لا بوصفه والمكروه ما كان مشروعا باصله ووصفه لكن جاوره شيء آخر منهي عنه وقد يجعل الفاسد اعم من الباطل فكل باطل فاسد ولا ينعكس يبطل بيع ما ليس بمال كالدم والميتة والحر اتبعه اي

المكاتب والمدبر ودام الولد فان هذه الاشياء لا يعد مالا عند احد ممن له دين سماوي ومن ليس له دين سماوي فهو بمنزلة الجماد وهذا لان صفة المالية يتمول كل الناس او يتمول البعض كالخمر وكل ما ليس بمال فالبيع فيه باطل سواء جعل مبيعا او ثمنا وقال الشافعي رح يجوز بيع المدبر وبطل بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن اي بالدراهم والدنانير والتقوم يثبت باباحة الانتفاع شرعا فقد يثبت صفة المتقوم بدون المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال لعدم تمول الناس اياه حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا وبطل بيع قن القن من العبيد الذي ملك هو وابوه وعن ابن الاعرابي عبد قن اي خالص العبودية وعلى هذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف المدبر المكاتب ضم الى حر وبطل بيع زكية اي مذبوحة ضمت الى ميتة وان سمى كل منهما وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ان سمى لكل واحد ثمنا صح البيع في القن والزكية وصح البيع في قن ضم الى مدبر او مكاتب او ام ولد او قن غيره بحصة لان هؤلاء محل للبيع في الجملة فبطلانه لا يسري الى الغير كملك ضم الى وقف فانه يصح البيع في الملك بالحصة في الاصح وقال زفر رح لا يصح البيع في القن والملك وفسد بيع العروض بالخمر والخنزير وعكسه فالبيع في العروض فاسد حتى يملك ويجب قيمته عند القبض لكن في الخمر والخنزير باطل حتى لا يملك عينهما ولا يجوز بيع المباحات كسمك في الماء وطير في الهواء وبيع حطب في الصحراء قبل ان يتملك بحرز وينبغي ان يكون هذا البيع باطلا سواء كان بالدراهم والدنانير او بالعرض لان المباحات قبل الاحراز ليس بمال لان المال ما لا يجري فيه المضائقة والابتذال والظاهر انها ما دامت مباحة ليس كذلك ولا يجوز بيع ما لا قدرة على تسليمه الا بحيلة وان كان مالا مملوكا كالعبد الآبق اذا كان عند غير المشتري وكالطير ان اخذه ثم ارسله في الهواء او كالسمك اذا صيد والقي في حظيرة لا يوخذ الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم ولو كان يوخذ بغير اصطياد وحيلة جاز ولو اجتمعت في الحظيرة لا باصطياده لم يصح بيعها امكن اخذها

بلا اصطياد او لم يمكن لانه غير مالك لها وان سد موضع دخول الماء فصرن بحال لا يستطعن الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض المشائخ لانه لا يملكها لان هذا القدر ليس باحراز وقيل يصح البيع ان امكن الاخذ بغير اصطياد لانه لما فعل ذلك صار اخذا لهن حكما فصرن ملكا له كما لو وقع شئ في شبكته وهذا الخلاف فيما اذا لم تهئ الحظيرة للاصطياد لها اما ان هيأها ملكها بالخلاف وهذا البيع ينبغي ان يكون فاسدا لانه باع ملكه لكن غير مقدور التسليم فصار كبيع الابق ولا قدرة على تسليمه الا بضرر كالجذع في السقف والذرع من الثوب يضره القطع ذكر موضع قطعه اولا لانه لا يمكن التسليم الا بضرر واما اذا كان الثوب لا يضره القطع كالكرباس يجوز البيع ذراعا منه وهذا البيع فاسد ولو اخرج البائع الجذع او قطع ذراعا من الثوب قبل فسخ المشتري العقد انقلب صحيحا لزوال المانع من الصحة ولا يجوز بيع ما فيه غرر هو ما انطوت عنك معنية خفية عليك عاقبته كحمل هو ما كان في البطن ونتاج وهو ما يحبله هذا الحمل وقد كانوا يعتادون في الجاهلية فابطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولبن في ضرع فانه لا يعلم ان ما في الضرع لبن او ريح وهذا البيع باطل ولا يجوز بيع ما يفضي جهالته الى المنازعة كالصوف على ظهر الغنم لانه يقع التنازع في موضع القطع وعن ابي يوسف انه يجوز بيع هذا الصوف والمزابنة وهي بيع تمر مجذوذ اي مقطوع بمثله على النخل خرصا اي حزرا والمزابنة من الزبن وهو الدفع فان هذا البيع يؤدي الى النزاع والدفاع وهذا البيع فاسد لشبهة الربوا والملامسة والقاء الحجر والمنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان ساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري او وضع عليها حصاة و نبذها اليه البائع لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع القاء الحجر والثالث المنابذة وقد نهى النبي عليه السلام عن هذه البيوع لانه ينعقد البيع متعلقا باحد هذه الافعال فيكون فاسدا لانه كالقمار ولا بيع المراعي ولم يرد بها رقاب المراعي لان بيع رقبة

الارض جائز اذا كانت مملوكة وانما المراد به الكلاء اطلاق المحل على الحال اما عدم جواز البيع فانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع اذ بمجرد نبات الكلاء في الارض لا ينقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فيبقى على اصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز فان رب الارض لا يكون محرزا له بكونه في ارضه وينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا واما اذا انبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا انباته ولا اجارتها لانها اجارة على استهلاك العين ولو وردت على استهلاك عين مملوكة بان استيجار بقرة لشرب لبنها لا يصح لان محل الاجارة المنافع دون الاعيان فاذا وردت على استهلاك عين مباحة فاولى ان لا يجوز ولا بيع النحل ينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رح يجوز ان كان محرزا مجموعا الا مع الكوارات اي معسل النحل اذا سوى من طين حتى لو باع كوارات فيها عسل بما فيها من النحل جاز ولا يجوز بيع اجزاء الادمي كشعر ولبن امراة ولو في قدح حرة كانت او امة وقال الشافعي يجوز حرة كانت او امة وقال ابو يوسف ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لا يجوز وصب اللبن في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد واجزاء الخنزير كشعره وهذا البيع باطل وجلد الميتة قبل دبغه وذلك لحرمة الانتفاع به لقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم الجلد الغير المدبوغ وهذا البيع باطل وبعد الدباغ يباع وينتفع به لطهارته بالدباغ ودود القز وبيضه عند ابي حنيفة وينبغي ان يكون هذا البيع باطلا خلافا لهما لكن عند ابي يوسف يجوز بيع الدود اذا كان ظهر فيه القز والا لا واضطرب قوله في بيضه وعند محمد يجوز بيعهما كيف ما كان وعليه الفتوى اعتبارا للعادة ولا يجوز بيع العلو بعد سقوطه اي اذا كان علو الرجل وسفل الاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه بطل البيع اذ بعد السقوط لم يبق الا حق التعلي وهو ليس بمال وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم وبيع شخص على زعم انه امة وهو عبد او على زعم انه عبد وهو امة وهذا البيع باطل خلافا لزفر ولو اشترى شيئا على زعم انه ذكر فاذا هي انثى صح البيع وللمشتري الخيار والاصل ان الذكر والانثى

جامع الرموز

جامع الرموز

من بني آدم جنسان مختلفان لفحش التفاوت في المقاصد والمعاني المطلوبة والمبتغى من العبيد الاستخدام خارج البيت ومن الاماء الاستخدام داخلها كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد وانهما في غيره جنس واحد لتفاوت المقاصد والمعاني المطلوبة والمبتغى من اكل اللحم او الركوب او الحمل فمتى اجتمعت الاشارة والتسمية في العقد فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل العقد كما اذا اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من جنس المسمى ولكنه فارقه بوصفه تعلق العقد بالمشار اليه وانعقد البيع لوجوده وخير المشتري لفوات الوصف كشراء عبد على انه خباز فاذا هو كاتب ولا يجوز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول حتى لو اشترى امة بالف درهم حالا او نسيئة وقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع عندنا خلافا للشافعي رح ولو اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر جاز وذلك لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفقة التي خرج عن ملكه يقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا وسلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها ينشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني والثمن الاول لم يدخل في ضمان البائع بخلاف ما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح ثمة حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وشراء ما باع مع شيء آخر لم يبعه بثمنه الاول فيما باع وصح فيما لم يبعه حتى لو اشترى امة بخمسمائة وقبضها ثم باعها واخرى معها على البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة صح الشراء في التي لم يشترها من البائع وفسد في الاخرى لانه لا بد له ان يجعل بعض الثمن بمقابلة امة لم يشترها منه فكان مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا ولم يجز بيع زيت على ان يوزن بائع بظرفه ويطرح للظرف كذا رطلا لان حكم هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه مقدار وزن الظرف فاذا شرط ان يطرح عنه مكان كل ظرف كذا رطلا وجاز ان يكون له انقص او اكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة فيفسد العقد بخلاف شرط

طرح وزن الظرف فانه يجوز البيع لان هذا الشرط يوافق مقتضى العقد ولا يجوز البيع بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما اى احد المتعاقدين او نفع للمبيع الذي يستحق النفع اى يكون المبيع اهلا لاستحقاق النفع بان يكون آدميا حتى لو كان النفع لمبيع لا يستحق النفع كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لا يكون هذا الشرط مفسدا وحاصل المذهب ان كل شرط يقتضيه العقد اى يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع او بشرط تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه يثبت بمطلق العقد فلا يزيده الشرط الا تاكيدا وكل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلائم البيع اى يوكد موجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا وهو معلوم بالاشارة او تسميته لا يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة تاكيد الجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يوكده يلائم العقد فلا يفسده فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل يفضي الى النزاع فالمشتري يعطيه رهنا او كفيلا والبائع يطالبه باخر وكل شرط لا يلائم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كخيار الشرط والاجل او لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوه البائع او يشركه لا يفسد ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه ولا يلائم ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كما ذكرنا يفسد العقد كبيع العبد بشرط ان لا يبيع المشتري فان العبد يعجبه ان يتداوله الايدي وان لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف انه يفسد به البيع وقال الشافعي رح انه يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية عن ابي حنيفة رح ولا يجوز البيع بثمن مؤجل الى اجل مجهول كالنيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك لانها اجل مجهول وجهالته يؤدي الى المنازعة لان البيوع مبنية على المماكسة والمضايقة حتى لو كان ذلك معلوما للعاقدين صح لان المانع الجهالة ولم يوجد وكذا التاجيل الى قدوم الحاج والحصاد والجزاز والدياسة والقطاف للجهالة لانها يتقدم ويتاخر وصح البيع ان اسقط الاجل قبل الحلول

خلافا لزفر رح والشافعي رح واعلم ان القوم قد جمعوا هذه المسائل وصرحوا بعدم جواز البيع
فيها ولم يبينوا ان البيع فيها باطل او فاسد ونحن ذكرنا في اثناء المسائل تصريحا او اشارة
فلا ينبغي لك ان لا تتنبه لما هو الحق فان قبض المشتري هذا شروع في بيان احكام البيع
الفاسد واما البيع الباطل فلا يفيد حكما اصلا ويكون المقبوض فيه امانة عند القابض لان
العقد اذا بطل فبقي مجرد القبض باذن المالك وذا لا يوجب الضمان وقيل يكون مضمونا لانه
يصير كالمقبوض على سوم الشراء قيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما المبيع بيعا
فاسدا برضاء بائعه صريحا بان اذن بالقبض او دلالة كقبضه في مجلس العقد والبائع لا
ينهاه فان البيع تسليطا منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه صح استحسانا
في الصحيح وان قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه ولا يملكه وكل من عوضيه مال احترازا عن البيع الباطل
انما ذكره مع التقييد بقوله بيعا فاسدا لان الفاسد قد يطلق على الباطل كما ذكرنا
ملكه جزاء لقوله فان قبض وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبض باذنه صريحا
واذا هلك في يد المشتري لزمه مثله حقيقة اي صورة ومعنى في ذوات الامثال
كالبر والشعير لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فقط او معنى كالقيمة فهي
مثل من حيث المالية كما في ذوات القيم مثل الحيوانات او يعتبر قيمته يوم القبض وقال محمد
قيمته يوم اتلفه فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له منفعة الشرط
حق فسخه دون من عليه قيل هذا قول محمد وفي ما عندهما فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لحق
الشرع لا لحق احد المتبايعين فانهما راضيان بالعقد وكذا اي وان لم يكن الفساد بشرط زائد بل يكون
الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين فلكل منهما حق الفسخ بحضرة من الآخر فان خرج المبيع
من ملك المشتري بان باعه او وهبه وسلمه او اعتقه او بنى فيه دارا او مسجدا فلا فسخ
وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد والفسخ لحق الشرع وحقه اذا اجتمع مع حق العبد
يقدم حق العبد لان الله تعالى غني والعفو منه ارجى لا تهاونا لحق الشرع وطاب للبائع ربح ثمنه

بعد التقابض ای لو اشتری امة مثلا شراء فاسدا بالف درهم و تقابضا و ربح کل
منهما فیما قبض طاب للبائع ما ربح فی الثمن و لا یطاب للمشتری ربحه ای الامة فیتصدق به ای
بالربح واصله ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا و خبث الفساد فی الملك اما النوعان
ما یتعین کالعروض و ما لا یتعین کالنقود فالخبث لعدم الملك تعمل فی النوعین کالمودع و الغاصب
اذا تصرفا فی العروض و النقود و ربح یتصدق بالربح عند ابی حنیفة و محمد رح لتعلق العقد بما
غیره ظاهرا فیما یتعین فیتمکن حقیقة الخبث و فیما لا یتعین تمکن شبهة الخبث لتعلق
الحق به من حیث سلامة المبیع به او تقدیر الثمن به فصار ملك الغیر وسیلة الی الربح فیتمکن فیه
شبهة خبث اما خبث الفساد الملك کما فی شراء الفاسد فیعمل فیما یتعین کالعروض مثلا لا فیما لا
یتعین کالدراهم والدنانیر لان فساد الملك دون عدم الملك لان فی فساد الملك شبهة
عدم الملك و شبهة ملحقة بالحقیقة فی الحرمة لان النبی علیه السلام نهی عن الربوا و الریبة واما
الدراهم والدنانیر فغیر متعین فی العقد ولو کانت متعینة کانت فیه شبهة الخبث لسبب الفساد
فعند التعین یکون فی تعلق العقد بها شبهة فیکون فیها شبهة الشبهة و لا اعتبار لها و کره النجش
وهو بفتحتین و روی بالسکون ان یتساوم السلعة بازید من ثمنها و لا یرید شراءها ترغیبا
لغیره فی الثمن الزائد و قال علیه السلام لا تناجشوا و السوم علی سوم غیره وهو ان یزید
فی الثمن بعد تقرره لارادة الشراء و قال علیه السلام لا یتساوم الرجل علی سوم غیره وهذا
اذا رضیا بثمن فاما اذا ساومه بشیء و لم یکن احدهما راضیا الی صاحبه فلا باس للغیر ان ساوم
و یشتریه لان هذا بیع من یزید و کره تلقی الجلب المضر باهل البلد الجلب جمع الجالب او بمعنی
المجلوب فهو اذا قرب من بلد تعلق به حق العامة فیکره ان یستقبله البعض و یشتریه و یمنع العامة
عن شرائه لما فیه من تضییق الامر علی الحاضر فان کان لا یضر باهل البلد لا باس ان یلبس السعر
علی الواردین واشتری منهم بارخص الثمنین فحینئذ لما فیه من تعمیة الاسعار علی الواردین
والاضرار بهم و بیع الحاضر للبادی زمان القحط قیل صورته ان الرجل اذا کان له طعام

وعلف واهل المصر فی قحط وهو لا یبیعهما لکن یبیعهما من اهل البادیة رغبة فی الثمن الثانی واهل المصر یتضررون بذلك فیکره لانه اضرار باهل المصر وقیل صورته ان یجیء البادی بالطعام الی مصر فیتوکل الحاضر من البادی ویبیع الطعام ویغلی السعر علی الناس فانه منهی عنه لانه لو ترك لباع بنفسه ورخص فی السعر والبیع وقت النداء الی ان یتم الجمعة والاذان بعد الزوال وکره تفریق صغیر عن ذی رحم محرم منه بخلاف الکبیرین والزوجین والاصل فیه ان ملك مملوکین احدهما صغیرا وکانا صغیرین واحدهما ذو رحم محرم من الاخر لم یفرق بینهما لقوله علیه السلام من فرق بین والدة وولدها فرق الله تعالی بینه وبین احبته یوم القیمة ولان الصغیر یستانس بالصغیر وبالکبیر والکبیر یشفق علی الصغیر ففی التفرق بینهما ایحاش الصغیر وعن ابی یوسف رح انه لا یجوز فی قرابة الولادة ویجوز فی غیرها ولا یکره بیع من یزید لورود الاثر فیه ولان حاجة الفقراء ماسة الی هذا البیع فصل الاقالة فی اللغة الرفع وفی الشرع دفع البیع السابق قال ابو حنیفة الاقالة فسخ فی حق المتعاقدین وفائدة کونها فسخا فی حقهما انها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو کانت بیعا فی حقهما لبطلت بالشروط الفاسدة کالبیع فتبطل ای الاقالة بعد ولادة المبیعة لانه لا یمکن جعلها فسخا اذ الزیادة المنفصلة تمنع فسخ العقد لان الفسخ رفع ما کان ثابتا ورفع ما کان زائدا علی ما کان ثابتا محال وبیع جدید فی حق الثالث وفائدة ذلك ان المبیع اذا کان عقارا انما یجب فیه الشفعة فی اصل البیع ثم تقایلا البیع وعاد المبیع الی ملك البائع وطلب الشفیع الشفعة فی الاقالة فیجب بها الشفعة لانها بمنزلة البیع فی حق الثالث وهو الشفیع وقال ابو یوسف رح الاقالة بیع جدید الا ان لا یمکن جعلها بیعا بان کان المبیع منقولا ولم یقبضه المشتری فلا یجوز بیعه ان تقایلا فی بیع العروض بالعروض بعد هلاك احدهما فیجعل فسخا الا ان لا یمکن جعلها بیعا ولا فسخا بان باع العروض بالدراهم وتقایلا بعد هلاك العروض او تقایلا فی المنقول

قبل القبض على خلاف الجنس الثمن الاول فيبطل الاقالة لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز
والاقالة هو الفسخ فالفسخ يكون بالثمن الاول وقال محمد رح الاقالة فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا
فيجعل بيعا الا ان لا يمكن جعلها فسخا وبيعا فتبطل وصحت بمثل الثمن الاول وان شرط
غير جنسه او اكثر منه اي اذا تقايلا على غير جنس الثمن الاول او على اكثر منه فعند ابي حنيفة
يجب الثمن الاول لان الاقالة فسخ عنده والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول فذلك الشرط
فاسد والاقالة لا تفسد به وعندهما في الشرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند
ابي حنيفة رح وعند محمد رح جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل
بيعا وكذا في الشرط الاقل عند ابي يوسف رح يكون بيعا لانه اصل عنده وعند
محمد فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو اقال وسكت عن الكل
يكون فسخا فهذا احق وان قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند
ابي حنيفة رح ويلغو ذكر جنس آخر وعندهما يكون بيعا ممكن واما عند ابي يوسف رح فلان الاصل
واما عند محمد فلجعله بيعا اولا يجب الثمن الاول عنده اذ تقايلا على الاقل الا اذا تعيب
المبيع يجب الاقل والمحطوط بازاء العيب فانه لما حبس عند المشتري بعض المبيع لا بعد ان يحبس
عند البائع بعض الثمن ولم يمنعها هلاك الثمن بل هلاك المبيع لان شرط صحة الاقالة
قيام العقد لانها دفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع
محل اضافة العقد بخلاف الثمن فانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بسبب العقد وما
يكون وجوده بسبب العقد كان حكم العقد وحكم العقد لا يكون محل العقد لان محل العقد
شرط العقد وشرط شيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه بينهما منافاة وهلاك بعضه اي
المبيع يمنع الاقالة بقدره اعتبارا للبعض بالكل

فصل

في التولية والمرابحة البياعات
بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن
السابق ومنها بيع الوضيعة وهو بيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة والتولية وقولنا بحسب الثمن

الذي ذكره بمقابلة السلعة يخرج الصرف والتولية في اللغة ان يجعل شخص واليا وفي الشرع ان يشترط في البيع انه باشرى من الثمن السابق بلا زيادة ربح والمرابحة ان يشترط في البيع انه اي باشرى من الثمن السابق مع فضل اي مع فضل ربح معلوم وشرطهما اشراءه بمثلي او لا كالمكيلات والموزونات فان فائدة هذين البيعين ان الغبي محتاج في التجارة الى ان يعتمد على فعل الزكي فيطيب نفسه بمثل ما اشترى به او بزيادة ربح لئلا يغبن وهذا المعنى انما يظهر في ذوات الامثال لان القيمة في ذوات القيم مجهولة تعرف بالظن والحزر فلا يطيب نفس المشتري وله ضم اجرة القصار والحمل ونحوهما كالصبغ والفتل والطراز وسوق الغنم لان عرف التجار جار بالحاق هذه الاشياء براس المال ولا يعدون ذلك خيانة ولكن لا يقول اشتريته بكذا لئلا يكون كاذبا بل يقول قام علي بكذا فان ظهر للمشتري خيانة من البائع في المرابحة فهو بالخيار اخذه بثمنه الذي ذكر الخائن او رده على الخائن وفي التولية حط قدر الخيانة من الثمن وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحط من ثمنه قدر الخيانة فيهما اي في التولية والمرابحة وعند محمد خير فيهما لمحمد انهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فيعقد بجميع الثمن وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فان ظهر الخيانة فات الوصف المرغوب في الثمن فيخير ولابي يوسف ان الاصل هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت او بعتك مرابحة على ما اشتريت اذا كان ذلك معلوما وذكر الثمن جاري مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح حتى لو ابتاع ثوبا بعشرة على ربح خمسة وظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بناء على

العقد

العقد الاول من كل وجه فلو لم يحط فى التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول
فيصير مرابحة فتغير التصرف ولو لم يحط فى المرابحة ويثبت جميع المسمى تبقى مرابحة
الا ان الربح فيها اكثر مما ظنه المشترى فلم يتغير التصرف فاذا امكن تقرير المرابحة مع اعتبار
التسمية اعتبرناها واثبتنا الخيار

فصل

الربوا فى اللغة الفضل يقال هذا يربوا على هذا
اى يفضل ويسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفى الشرع هو فضل مال
حقيقة او حكما كما فى ربوا النسية مثل بيع الدراهم بالدراهم متساوية نسية خال
عن عوض شرط لاحد المتعاقدين فى المعاوضة فلو لم يكن الفضل خاليا عن العوض
لا يكون ربوا كبيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا على الاول لكن
غير خال عن العوض فانه يصرف الجنس الى خلاف الجنس ولو شرط الفضل لغير المتعاقدين لا يكون
ربوا ايضا وكذا لو كان الفضل الخالى عن العوض فى غير المعاوضة لا يكون ربوا كالفضل فى الهبة وعلته
اى علة حرمة الفضل ووجوب المساوات القدر وهو عبارة عن التساوى فى الصورة فيثبت
به المماثلة فيهما اى الكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات مع الجنس هو عبارة عن
التشاكل فى المعانى فيثبت به المماثلة معنى فالمماثلة صورة ومعنى علة حرمة الفضل والاصل
فيه قوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا فعندنا اباحة البيع فى هذه
الاموال اصل كما فى سائر الاموال والفساد بعارض عدم المساواة لوجود الفضل
الخالى عن العوض فالحديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها فى محل يقبلها وذا انما يحصل
بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة ويحرم الفضل وعند الشافعى
حرمة البيع فى هذه الاموال اصل والجنسية شرط والجواز بعارض المساواة والعلة الطعم فى
المطعومات والثمنية فى الاثمان وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكل شئ نص رسول
الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا مثل البر والشعير والتمر والملح

فهو كيلى ابدا وان عتاد الناس بيعه وزنا وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا مثل الذهب والفضة فهو وزنى ابدا وما لم ينص عليه مثل غيرها اى غير المذكورات محمول على العرف وعادة الناس فان تعارفوا فيه الكيل فهو مكيل وان تعارفوا فيه الوزن فهو وزنى وان تعارفوا فيه الكيل والوزن فهو مكيل وموزون وعن ابى يوسف ان المعتبر فى كل الاشياء هو العرف وان كان على خلاف المنصوص عليه فعلى هذا لو باع البر بجنسه متساويا وزنا والذهب بجنسه متساويا كيلا لم يجز عندهما وان تعارفوا ذلك خلافا له فان وجد الوصفان اى القدر والجنس حرم الفضل وحرم النسأ ايضا وان كان مع التساوى كقفيز بر بمثل احدهما او كلاهما نسيئة وان عدما اى الوصفان اى الفضل والنسأ حلا اى الفضل والنساء لعدم العلة فيجوز بيع المكيل والموزون بالتفاضل والنسأ وهو ظاهر وان وجد احدهما فقط وعدم الاخر حرم النسأ فقط مثل ان يسلم ثوبا هرويا فى هروى كان الثوبان متساويان فى ذرع او احدهما ازيد فان احد جزئى العلة وهو الجنسية موجود ههنا لان الجزء الاخر وهو الكيل والوزن او يسلم حنطة فى شعير سواء كان متساويين فى الكيل واحدهما ازيد فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود ههنا دون الاخر وهو الجنسية ولا يحرم الفضل فى الصورتين كما اذا باع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد فحرمة ربوا الفضل يتعلق بالوصفين وهذا ظاهر واما حرمة النسأ فباحدهما وذلك لان جزء العلة وان كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة نظرا الى انه مال الربوا من وجه اما ذاتا بالقدر واما معنى فى الجنسية والنقد خير من النسئة فيحقق شبهة الربوا والشبهة فى الربوا ملحقة بالحقيقة فان قيل ينبغى ان يثبت حرمة الفضل باحد الوصفين كما يثبت حرمة النسأ ولا يجوز بيع قفيز من حنطة بقفيزى شعير يدا بيد قلنا حرمة الربوا النسأ لان حقيقة الفضل قوى من شبهه واحد الوصفين جزء العلة وله شبهة العلة ويمكن ان يثبت بشبهة العلة شبهة المعلول كما يثبت بحقيقة العلة حقيقة

كلا فانه عند الشيخين ليس بكيلى ووزنى فى الحيوان والزرعى والعددى نقدا فيجوز بيع انه بجنسه متفاضلا النظم وغيره ١٢ منه

قهستانى

تاخر كالنسية على الفعلية كما فى الطلبة والمعنى حرم بهذا ان المبيع بسبب الفضل الحقيقى والحكمى فلا يحل اكله ولو بعد القبض فى سائر التصرفات مع الكراهة لانه بيع فاسد وفى تاخير النسأ اشعار بانه اكثر من ربا النقد وكذا الكفر منكرة بلا خلاف منكر

المعلول ولكن لا يمكن ان يثبت بشبهة العلة ماهو اقوى وهو حقيقة المعلول
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النسأ ولا يجوز بيع الكيلي كالحنطة بمثله الا
متساويا كيلا فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة متساويا وزنا وكذا لا يجوز بيع الوزني
بمثله الا مساويا وزنا فلم يجز بيع الذهب بمثله متساويا كيلا لان الحنطة مكيلة
فشرط جوازه المساواة كيلا والذهب موزون فشرط جوازه المساواة وزنا وبالعكس
لا يعرف المساواة فيما هو المعيار شرعا فلم يجز كما لو باع مجازفة والجيد مما يجرى
مما يجري فيه الربوا والردي منه سواء حتى لا يصح بيع الجيد بالردي الا
مثلا بمثل فلو باع قفيزا من حنطة جيدة بقفيزين رديين لا يجوز لان
وصف الجودة غير معتبر شرعا وجاز بيع حفنة وهو ملا الكف بحفنتين
وكذا جاز بيع التفاح بالتفاحتين لعدم القدر لانه يعرف بالمعيار ولم يوجد
فلم يتحقق الفضل المحرم اذ المراد به الفضل على القدر وعند الشافعي رح لا يجوز
بيع المطعومات حفنة بحفنتين واذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت
نصف صاع فهو في حكم الحفنة اذ لا تقدير في الشرع لما دونه بخلاف نصف الصاع
لورود التقدير به في الشرع في صدقة الفطر وغيرها فادنى ما فيه الربوا من المكيلات
نصف صاع وذا صنوان واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف صاع او اكثر
فبيع احدهما بالاخر لا يجوز حتى لو باع حفنة بنصف صاع لا يجوز وجاز بيع
فلس بفلسين باعيانهما اي يكون كل واحد من البدلين معينا ولا يكون احدهما
بنسئة وقال محمد رح لا يجوز كما لو باع الدرهم بالدرهمين لان الفلوس الرائجة ثمن
كالدراهم ولهما انه باع عينا عدديا بعينين عدديين فيجوز كالجوزة بالجوزتين وثمنية
الدراهم بالخلقة واما ثمنية الفلوس فبالاصطلاح وقد ابطل العاقدان ثمنيتها بقصد تصحيح العقد
فان قيل ان خرج في حقهما من ان يكون ثمنيا فيعتبر وزنيا فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين صفر فلم يكن

من نصف القفيز من الربو فيفيد انه جاز على رواية الاصل لكنه مكروه على ما روي عن ابي يوسف انه يكره ان يبيع تمرة بتمرتين وكان يقول ان ما حرم منه الكثير فقد حرم منه القليل كما في المحيط وغيره ١٢ قهستاني

جامع الرموز

في ابطال وصف الثمنية تصحيح العقد قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعددية جميعا
والعاقدان اعرضا عن اعتبار صفة والثمنية وما اعرضا عن اعتبار صفة العددية فيها اتفقا
على ابقائها عددية تصحيحا للعقد بهما ولو لم يتعينا بان كان بغير اعيانهما فكان احدهما غير معين
لا يجوز البيع وجاز بيع اللحم بالحيوان لانه بيع موزون بغير موزون فيجوز كيف ما كان وقال
محمد والشافعي رح اذا باعه بلحم من جنسه بان باع شاة بلحم شاة لا يجوز الا ان يكون اللحم المفرز
اكثر من اللحم الذي في شاة قياسا ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بازاء السقط والدقيق
بجنسه متساويا كيلا لوجود الشرط وهو المساواة وتوهم التفاوت هدر كما في البر بالبر وفيه
خلاف الشافعي رح والرطب بالرطب وبالتمر متساويا خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي رح فعندهم
لا يجوز لانه ينقص الرطب بالجفاف والعنب بالزبيب متساويا وهو كبيع الرطب بالتمر على الخلاف
وقيل لا يصح اتفاقا وجاز بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس متساويا والتمر المنقع بالمنقع
والزبيب المنقع بالمنقع منهما اي من التمر والزبيب متساويا متعلق بجميع ما سبق وعند محمد
لا يجوز في جميع ذلك وجاز بيع لحم حيوان كلحم الضان بلحم حيوان اخر كلحم البقر متفاضلا
لعدم اتحاد الجنس وكذا جاز بيع اللبن الحيوان بلبن حيوان اخر متفاضلا كلبن الغنم بلبن
البقر لاختلاف الاصول واللحوم والالبان في احد قولي الشافعي جنس واحد وكذا بيع خل الدقل
هو نوع من ارداء التمر يتخذ منه الخل غالبا بخل العنب متفاضلا لاختلاف في اصليهما وكذا شحم
البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد والخبز بالبر والدقيق متفاضلا لان الخبز
عددي او وزني والبر والدقيق كيلي فلم يجمعهما القدر من كل وجه وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى
على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كان احدهما نسيئة فان كان البر نسيئة جاز بالاتفاق وان كان
الخبز نسيئة جاز عند ابي يوسف خلافا لهما وعليه الفتوى ولا يجوز بيع البر بالدقيق او بالسويق متفاضلا
او متساويا للشبهة المجانسة لان احدهما بر والاخر اجزاء البر والمعيار فيهما الكيل وهو غير مستو بينهما
لاكتناز الدقيق وتخلخل البر فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل وبيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة

متفاضلا او متساويا لبقاء المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية
والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع حنطة مقلية بغير مقلية لا يجوز بحال لان الكيل غير
مسو بينهما لتخلخل المقلية وكذا بيع الدقيق بالسويق وعندهما يجوز متفاضلا ومتساويا لانهما
جنسان ولا بيع السمسم بالحل الا ان يكون الحل اكثر مما في السمسم وهذا على اربعة اوجه
ان علم ان الحل الذي في السمسم اكثر من الحل المنفصل لا يجوز لتحقق الفضل الخالي عن العوض
من حيث زيادة الدهن والشيرج وكذا ان علم انه مثله يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان
المنفصل اكثر جاز والفضل بالثفل وهذه الثلثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او
اقل جاز عند زفر وعندنا لا يجوز بشبهة الفضل ويستقرض الخبز وزنا لا عددا عند ابي يوسف
وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده فلذا فلا يتحقق
التساوي وعند ابي حنيفة لا يصح وزنا ولا عددا لانه وزن فهو متفاوت بالخبز و
الخباز والتنور والتقديم والتاخير اي اول التنور واخره وعند محمد يصح بهما للتعامل
والقياس يترك بالتعامل كالاستصناع ولا ربوا بين السيد وعبده فيصح بيع درهم
بدرهمين بينهما لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان العبد ماذونا
غير مديون فان كان مديونا لا يصح ولا بين مسلم وحربي في دار
اي في دار الحرب لقوله عليه السلام لا ربوا بين مسلم وحربي في دار
الحرب وفيه خلاف الشافعي رح **فصل** لا يجوز بيع مشترى منقول قبل قبضه
اي لو اشترى شيئا مما ينقل ويحول لا يجوز بيعه قبل قبضه طعاما كان المنقول او غيره
لانه يحتمل ان يكون يهلك المبيع قبل القبض وعاد الى قديم ملك البائع فينفسخ العقد
الاول فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبضه تم البيع فيكون بائعا ملك نفسه
وقال مالك رح يجوز بيع المشترى قبل القبض في غير الطعام واما بيع العقار قبل القبض فيجوز
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الهلاك في العقار نادر وقال محمد رح لا يجوز قياسا على المنقول

وصح التصرف في الثمن قبله اي قبل قبضه مثل ان ياخذ البائع من المشتري عوض الثمن ثوبا واشتراه به لانه ليس فيه احتمال انفساخ العقد بالهلاك لانه دين ثابت في الذمة ولا يتعين بالتعين وصح للبائع الحط عنه اي عن الثمن سواء بقي المبيع او لا وصح للمشتري المزيد للبائع فيه اي في الثمن ان بقي المبيع ان هلك المبيع لا يصح الزيادة في الثمن فقوله ان بقي المبيع يتعلق بالمزيد وصح للبائع المزيد في المبيع لاجل المشتري وينبغي ان يصح للمشتري ان يحط من المبيع للبائع ولم يذكر في المتن والاصل ان الزيادة والحط يلحقان باصل العقد فيصير كان العقد ورد على هذا القدر حتى كان البائع حبس المبيع الى ان يستوفي اصل الثمن والزيادة ولذا او في المشتري الثمن استحق مع الزيادة وليس للبائع ان يمنع يمنع من تسليم الزيادة وعند زفر والشافعي رح لا يصح الزيادة والحط على اعتبار الالحاق باصل العقد بل على اعتبار ابتداء الهبة لكن في الزيادة على الثمن والحط عنه الشفيع ياخذ بالاقل من الثمن اما في الزيادة في الثمن فلان حق الشفيع تعلق بالثمن الاول فلا يملك الغير ابطال حقه الثابت واما في الحط فلانه الحق باصل العقد وينبغي للشفيع اذا زيد في المبيع وحط عنه ان ياخذ الجميع ولم يفهم من المتن وصح تاجيل كل دين حال حتى لو بيع شيئا بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الحلول حقه فله اسقاطه بتاجيل تيسيرا على من عليه الدين ولو اجله الى اجل فان كان الجهال فاحشة كهبوب الريح ولو كانت مقارنة كالحصاد والدياس يصح الا القرض فان تاجيل القرض لا يصح حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة او بعد الاقراض يثبت الاجل وله ان يطالبه في الحال وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله فلانا الف درهم الى سنة حيث يلزم من ثلث ماله ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لان وصية للموصي وقال مالك رح التاجيل في القرض لازم ويدخل البناء والمفتاح للغلق والعلو والكنيف وهو المستراح في بيع الدار وان لم يذكر لان الاصل ان العرصة في الدار وانما دخل البناء

ولو كان متصلا بالبناء بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة ولهذا يدخل العلو بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء وفي الاستحسان يدخل بتبعية العلو لغيره القفل في مفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب ولا يدخل الظلة هي كل ما اظلك من بناء او جبل او سحاب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السابااط الذي يكون على ظهر الطريق اي الذي يكون احد طرفي جزوعه على حائط الدار المبيعة والطرف الاخر على حائط الجار المقابل او على الاساطين المنصوبة بحذاء الدار وذكر في المغرب ظلة السدة التي فوق الباب الا بذكر كل حق لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها فلا يدخل الظلة في بيع الدار الا بذكر احد هذه الالفاظ عند ابي حنيفة وعندهما يدخل بلا ذكره ان كان مفتحها في الدار ويدخل الشجر وان لم يسمها لا الزرع الا بالتسمية في بيع الارض لان الزرع مودع في الارض لا للقرار كالمتاع الذي فيها بخلاف الشجر فان اتصالها بالارض للقرار كالبناء وذكر القدوري والاسبيجابي ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت بعد او نبت وصار له قيمة بعد اما اذا انبتت ولم يصر له قيمة بعد قيل يدخل وقيل لا يدخل هنا ايضا وكذا لا يدخل الثمر في بيع الشجر الا بشرط ولا العلو في بيع بيت الا بشرط وهو متعلق بقوله لا الزرع الى اخره ولا يدخل العلو في بيع منزل الا بذكر ما ذكر اي كل حق هو له والحاصل ان العلو يدخل في الدار وان لم يذكر بكل حق ويدخل في بيع منزل ان ذكر ولا يدخل في بيع البيت وان ذكر بكل حق لان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلو على تقدير ذكر الحقوق وعدمه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت والشيء لا يستتبع مثله والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين المنزلتين فيوفر على الشبهين حظهما فيدخل العلو فيه تبعا قالوا هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل

العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان
صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانه يسمى سراى هكذا قالوا وهو لا يوافق عرفنا الآن
كالطريق والشرب والمسيل فانها لا يدخل في البيع الا بذكر ما ذكر لان هذه الاشياء وان
كانت تابعة للمبيع من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع الا
انها اصل بنفسها من انه يتصور قيامها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون
وجه فلا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وتدخل هذه الاشياء في الاجارة بلا ذكر ما ذكر
لان الاجارة شرعت للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع الا بهذه الاشياء ولا كذلك في البيع
لانه لم يشرع للانتفاع فان الانسان كما يشتري شيئا ينتفع به فقد يشتريه لبيعه
ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاد كما يوخذ الولد ان استحقت امه
ببينة فان اقر بها اى بالام لا اى لا يوخذ الولد والفرق ان البينة حجة مطلقة فيثبت
بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق
بالبينة والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة
فيثبت بها الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال
الولد فلا يظهر الاستحقاق في حق الولد ولهذا لا يرجع المشتري على البائع
عند الاستحقاق بالاقرار ولمالك باع غيره اى الفضولي ملكه بلا اذنه فسخه اى
فسخ العقد البيع ان شاء مطلقا سواء بقي العاقدان والمبيع اولا وله اى للمالك اجازته
لا مطلقا بل ان بقي العاقدان والمبيع وكذا اشترط بقاء الثمن لو كان عرضا فكل عقد صدر عن الفضولي
وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وعند الشافعي رح تصرفات الفضولي باطلة
ولا يتوقف على الاجازة وهو اى الثمن ملك للمجيز ان اجاز المالك البيع والثمن ملكه وامانة عند بائعه اى الفضولي
فلو هلك لا شئ عليه وله اى البائع فسخه اى فسخ البيع قبل الاجازة دفعا للضرر عن نفسه
فان حقوق العقد يرجع اليه بخلاف الفضولي في النكاح حيث يكون له الفسخ قبل الاجازة

(ع-٢٨)

لان الحقوق ثمة لا ترجع اليه لانه سفير ومعبر ومن غصب عبدا وباعه واعتقه المشتري
جاز اعتاق المشتري من الغاصب ان اجيز بيع الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر رح وهو رواية عن ابي يوسف لا يجوز الاعتاق لانه لا عتق بدون الملك
اذ البيع موقوف والموقوف لا يفيد الملك ولهما ان الملك ثبت موقوفا فيتوقف الاعتاق
بتوقف الملك وينفذ بنفاذه لان الاعتاق من حق الملك والشيء اذا نفذ نفذ بحقوقه
ولا يجوز بيعه اي بيع المشتري من الغاصب ان اجيز بيع الغاصب لان بالاجازة يثبت الملك
للبائع وهو المشتري الاول ملك بات فان اطرء على ملك موقوف لغيره ابطله

فصل

في بيع السلم هو بمعنى السلف سمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود
المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة فيما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد
معجلا على وقته يسمى سلما وسلفا يصح السلم فيما يضبط ويعلم قدره ووصفه لان المسلم فيه
دين وهو يعرف بالوصف فاذا كان امكن ضبط صفته ومعرفة قدره يصح السلم فيه وذلك
كالمكيل والموزون حال كونه مثمنا بخلاف الدراهم والدنانير لانهما اثمان فلا يصح فيهما
والمذروع كالثوب والبساط والحصير مبينا طوله وعرضه ورقعته اي غلظته ودقته
لان مقدار المالية يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت اليسير بعدها ليس
بمعتبر والمعدود متقاربا كالجوز والبيض لان المتقارب وهو ما لا يتفاوت احاده
في القيمة معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيصح فيه السلم عددا والصغير
والكبير فيه سواء لان هذه التفاوت ساقطة الاعتبار بخلاف البطيخ والرمان المتفاوت
احادها تفاوتا فاحشا وكما يصح السلم فيه عددا يصح كيلا لانه يعلم بالكيل وقال زفر
لا يصح كيلا فيصح في السمك المليح اي القديد الذي فيه ملح وزنا وجنسا معلومين لكونه
معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم لانه غير منقطع بخلاف السمك الطري
فلا يصح فيه السلم غير حينه لانه منقطع عن ايدي الناس خصوصا في الشتاء لانجماد الماء

حتى لو كان في بلد لا ينقطع يصح مطلقا لا في الحيوان للتفاوت الفاحش فيه وقال الشافعي رح
يصح ان بين جنسه ونوعه وصفته ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع لانها عددية متفاوتة
فالتفاوت بين الراس والراس وكارع وكارع معتبر فيما بين الناس ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه ولا
في جلوده عددا للتفاوت الا ان بين الطول والعرض والصفة ولا وجه للقول بعدم
الصحة في الجلود لانه لما صح فيها اذا بين الطول والعرض والصفة يكون مثل الثياب
ويصح السلم فيها بالشرائط فكذا الجلود وقال مالك رح يصح السلم في رؤس الحيوان
وجلوده عددا ولا في الجواهر لانها عددية متفاوتة وفي الصغار التي تباع وزنا يصح
السلم فيه لانها يعلم بالوزن ولا بصاع وذراع معينين لم يدر قدره اي قدر كل
واحد منهما لانه يتاخر في التسليم فربما يضيع الصاع والذراع قبله فيفضي الى المنازعة ولا
بد ان يكون المكيل مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل و
الجراب لا يصح لتمكن المنازعة فيه الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه وكذا عن ابي يوسف وشرطه
سبعة بيان جنسه كبر وشعير وبيان نوعه كسقية وبخسية حنطة سقية اي يسقى سيحا
فعيل بمعنى المفعول وبخسية ينسب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها منبخس الحظ من الماء
وبيان صفته كجيد ورديء ووسط وبيان قدره نحو كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا وبيان
اجله فلا يصح السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يصح حالا ومؤجلا واقله اي اقل اجله شهر في الاصح وعليه الفتوى
وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وبيان قدر راس المال وان كان مشارا اليه فيما يتعلق
العقد على مقداره كما في الكيلي والوزني والعددي وقال ابو يوسف ومحمد لا يشترط معرفة القدر
بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره اسلمت هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم
او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لم يجز عنده وعندهما
يجوز واجمعوا على ان راس المال ان كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة فلا يجب بيان
وبيان مكان الايفاء مسلم فيه لحمله مؤنة كالبر ونحوه وقالا ليس بشرط وكذا ان شرطاه صح وان لم يشترطا يتعين مكان

بالفتح مصدر حمل الشيء بالكسر ١٢ ق

العقد للسلم واما ما ليس لحمله مؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج الى بيان الايفاء عندهم ويوفيه في موضع شاء هو الاصح في رواية يوفيه في مكان العقد ولو عينا مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق عن رب السلم ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكفي به لان المصر مع تباعد اطرافه كمكان واحد في هذا الحكم وقبض راس المال سواء كان مما لا يتعين كالنقود او يتعين كالعروض قبل الافتراق بالابدان شرط بقائه اي بقاء عقد السلم على صحة وقال مالك رح ترك قبض راس المال يوما او يومين جائز وقد جمعوا جملة الشروط في قولهم اعلام قدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود والتعجيل واعلام المسلم فيه جنسا ونوعا وقدرا وصفة والتاجيل وبيان مكان الايفاء فيما له حمل والقدرة على التحصيل وفي هذا قيل بالفارسي بيت صحة عقد سلم را شرطها شد بي خلل * علم وجنس نوع وقدر ووصف شد نجم اجل * موضع ايفاء راس المال هم بايد تعين * ليك نزديك امام المتقين صدر الاجل * فلو كان راس المال بعضه دينا على المسلم اليه وبعضه عينا بطل العقد في حصة الدين يعني لو سلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا على المسلم اليه لرب السلم ومائة نقد ابطل في حصة الدين لانه دين بدين المنهي عليه السلام نهى عن بيع الكالي بالكالي وصح في حصة نقد لوجود قبض بعض راس المال في المجلس ولا يشيع الفساد كما قال زفر رح لان الفساد طار اذ السلم صح لان قبض راس المال شرط بقاء السلم على صحة لا شرط انعقاده صحيحا والفساد طار لا يشيع ولا يجوز التصرف بالشركة والتولية وغيرهما في راس المال والمسلم فيه قبل القبض صورة الشركة ان يقول رب السلم لاخر اعطني نصف راس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك ومثل هذا التصرف بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله والاستصناع ان يقول للخفاف اخرز لي خفا من اديمك يوافق رجلي ويراه رجله بكذا او يقول للصائغ اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته بكذا فان كان باجل فهو سلم سواء تعاملوا فيه كالخف ونحوه اولا كالثوب ونحوه فيشترط قبض راس المال استقصاء الوصف

اي الاستصناع سلما في الصفر والنحاس والزجاج والعيدان والاسلحة والخفاف

ولا يكون له خيار الرؤية كما في مطلق السلم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما انه الاستصناع
باجل فيه التعامل فهو ليس بسلم واما اذا لم يكن فيه تعامل فهو سلم عندهما والحاصل ان
المبيع لما كان دينا امكن تصحيحه وسلما واستصناعا لكنهما رجحا الاستصناع اعمالا
للفظ في حقيقته وحملا للتاجيل في المدة بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لا يمكن تصحيحه
استصناعا فيحمل على السلم ضرورة وهو رجح السلم لان جوازه بالكتاب والسنة
المستفيضة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل فيه شبهة لانه عند زفر
والشافعي لا يجوز والاستصناع بلا ذكر اجل فيما يتعامل فيه بيع ولا يجوز فيما لا يتعامل
فيه لعدم المجوز بالقياس ثم ذكر فروع قوله بيع فيجبر الصانع على العمل ولا خيار له وعن
ابي حنيفة ان له الخيار ولا يرجع الآمر عن امره وعند من يقول الاستصناع وعدة يصح
رجوع الآمر كما يصح للصانع الامتناع عن العمل والمبيع هو العين لا عمله وقال
ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه هو العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم
والصحيح ان المعقود عليه العين فلو جاء هذا تفريع على ان المبيع العين بما صنعه
غيره اي غير الصانع او هو قبل العقد فاخذه المستصنع صح ولا يتعين المصنوع له
اي للآمر بلا اختياره وعن ابي يوسف رح ان المصنوع يتعين للآمر بلا اختياره لان
في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع بما لا يرغب غيره في شرائه بتلك الصفة
فيصح بيعه للصانع المصنوع قبل رؤية الآمر لان العقد يتعين فيه قبل اختياره
واذا حضره وراه المستصنع فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك لانه اشترى ما لم يره

مسائل شتى صح بيع الكلب والفهد والسباع كالذئب والاسد علمت او لا لانها
اموال متقومة وهذا عندنا وعند ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور وعند الشافعي
لا يصح بيع الكلب مطلقا وذكر شمس الائمة السرخسي ان الكلب ان كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه
والا فلا قال وهو الصحيح من مذهبنا وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وان قبل يجوز

بالجملة في الهامش: حواش مخطوطة (غير مقروءة بوضوح)

وهكذا في الاسد ان كان بحال يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه واما القرد فقد اختلفت الروايات فيه وعن ابي حنيفة رح بيع الفيل جائز والهرة يجوز بيعها والذمي في البيع كالمسلم لقوله عليه السلام اذا بذلوا الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لانه مكلف محتاج كالمسلم فاستويا في مباشرة العقود التي هي وسيلة الى اقامة التكاليف الا في الخمر والخنزير خاصة فهما عندهم كالخل والشاة في عقدنا حتى يكون الخمر من ذوات الامثال والخنزير من ذوات القيم ودرهم نثر فوقع في ثوب فهو له ان اعده اي الثوب له اي للدرهم او كفه اي كف الثوب بعد ما وقع الدرهم فيه والا اي وان لم يعد الثوب او لا يكفه فلآخذ واعتبر به اي بالدرهم المنثور سائر المباحات كما افرخ طيرا او باض او تكنس ظبي في ارض رجل فهو لرب الارض ان اعد ارضه للاصطياد لانه صار آخذا له حكما فيعتبر بما لو اخذه حقيقة وان لم يعد ارضه للاصطياد فهو للآخذ لانه مباح سبقت يده اليه وكذا اذا نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد فهو للآخذ وان لم نصبها للصيد

فصل

الصرف هو بيع بعض الثمن بالثمن اي بيع الذهب او الفضة بالذهب او الفضة جنسا بجنس وبغير جنس سمي هذا البيع صرفا لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة والاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين وصحبه الباء او لا قوبل بجنسها او بغيرها ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن من وجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان متعينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن متعينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا كالفلوس وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة والنقود لا يستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا يستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال ومبيعا في حال ومن حكم الثمن انه لا يشترط وجوده في ملك العاقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه وان بيع بجنسه او بغير جنسه يكون شرطه التقابض في العوضين قبل الافتراق

كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المشايخ اذ الموجود في مجلس العقد كالموجود وقت العقد اشارة الى ما قال بعض من انه شرط التقابض على ان كل منهما اشار محمد في الكتاب كما في الذخيرة ١٢ نقايه

وتخصيص الخمر اشعار بجواز بيع سائر الاشربة المحرمة لذا وجب الضمان على المستهلك عنده ولم يجب عندهما ١٢ ج

فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد وان وقع القبض في البعض كما اذا باع وقبض بعض ثمنها ثم افترقا صح البيع فيه اي في البعض المقبوض وبطل فيما لم يقبض كما في بيع اناء الفضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وصار الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله وقد وجد التقابض في البعض دون البعض فيصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد شرطه والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض بعض فلا يتعدى الى ما بقي وكذا صح البيع في كل السيف المحلى اي لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون وقبض من الثمن خمسين صح البيع في السيف والحلية جميعا ان خلصت الحلية عن السيف بلا ضرر اما صحة البيع في الحلية فلانه باع فقد قصد الصحة ولا صحة الا بان يصرف القبض اي قبض الخمسين الى ثمنها اي ثمن الحلية فيحمل عليه تحريا للبيع واما في السيف فلانه امكن افراده بالبيع لانه يتخلص حليته بلا ضرر فكان الخمسين التي لم ينعقد ثمن السيف وان لم يبين وسكتا هذا ما ذكرنا من تحري صحة البيع وان لم يقبض شيء من الثمن بطل البيع البيع فيهما اي في الحلية لان البيع فيها صرف وقد فات شرطه وصح في السيف لما ذكرنا انه لما كان تخلص الحلية بلا ضرر امكن افراده بالبيع وهذا اذا كان الثمن ازيد مما فيه من الحلية فان كان مثله او اقل لم يصح البيع للربوا وكذا اذا لم يدر لاحتمال الربوا خلافا لزفر وان لم يتخلص الحلية من السيف بلا ضرر وافترقا بلا قبض بطل البيع اصلا اي في الحلية والسيف اما في الحلية فلعدم قبض الثمن واما في السيف فلانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فصار كبيع الجذع في السقف

كتاب الشفعة

هي في الاصل اسم للملك المشفوع بملك من قولهم كان وترا فشفعته باخرى ونظيرها الاكلة واللقمة في ان كلا منها فعلة بمعنى مفعول والشفع هو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع وفي عرف الفقهاء تمليك العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه وسببها الاتصال وشرطها معاوضة مال بمال وتثبت بقدر رؤس الشفعاء لا بقدر انصباء الملك وقال الشافعي رح الشفعة على مقادير انصباء الملك لانها من حقوق الملك ولنا انها شرعت لدفع الضرر والكل في الاتصال

لدفع الضرر سواء وبيانه دار بين ثلاثة لاحد نصفها ولاخر ثلثها ولاخر سدسها فباع
النصف نصيبه فطلب اخران الشفعة يقضي بينهما نصفان عندنا بقدر رؤسهما وقال الشافعي
اثلاثا بقدر ملكهما للخليط اي الشريك في نفس المبيع وليس الشريك في الشرب والطريق والجار شفعة مع الخليط
في الرقبة ثم ان سلم الخليط في نفس المبيع تثبت الشفعة للخليط في حق المبيع عند ابي يوسف مع
الشريك لا شفعة لغيره سلم اولا كالشرب وهو بكسر الشين النصيب من الماء في الشريعة عبارة عن نوبة
الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب والطريق الخاصين كشرب نهر لا يجري فيه السفن قيل المراد
به اصغر السفن وما يجري فيه السفن فشرب عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن
ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة او بستانان او ثلثة وما زاد
على ذلك فهو عام القراح من الارض كل قطعة على حيالها وعامة المشايخ على ان الشركاء على النهر
اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير لكنهم اختلفوا بعد هذا في
حد ما لا يحصى وما لا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم باربعين وبعض
مشائخنا قالوا الاصح ما قيل به انه مفوض الى كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا
وان رآهم قليلا كانوا قليلا وقيل الخاص ما يتفرق ماءه للشركاء فلا يسقى اذا انتهى الى الاخر
ولا يكون له منفذ والعام بخلافه وطريق لا ينفذ ثم يثبت للجار ملاصق وهو الذي على
ظهر الدار المشفوعة بابه في سكة اخرى صورته مشترك بين اثنين في دار القوم في سكة غير نافذة
اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشريك
في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة فان سلموا فاهل السكة احق فان سلموا فالجار الملاصق
احق وطلبها اي التشفيع بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كطلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها
في مجلس علمه بالبيع هذا اختيار الكرخي واصح الروايتين عن محمد رح وعند عامة المشايخ
كما علم من غير توقف حتى لو بلغه خبر البيع ولم يطلب و
اخر ساعته بطلت شفعته وهو رواية

عن محمد وقال ابن ابي ليلى ان طلب الى ثلثة ايام فله الشفعة وقال سفيان الثوري له مهلة يوم وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا او دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة وذكر في المبسوط اذا علم بالبيع وهو بحضرة من المشتري فالحوط واحضر ان يطلبها وكذلك ان كان بحضرة من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على الطلب وكذلك ان لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخالفة الجحود فينبغي له ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وهو طلب مواثبة لقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها ثم يشهد على طلبه وهو طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع او المشتري او الدار وطلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين عند العقار لتعلق الحق به او عند ذي يد اي صاحب يد العقار من بائع اي اذا كان المبيع في يده او مشتر وان قبضه لان الملك له فاذا فعل ذلك استقرت شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعد ما تمكن من الطلب الثاني عند الدار والبائع او المشتري بطلت شفعته وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده فان اخر احدهما اي احد الطلبين بطلت شفعته كما ذكرنا ثم يطلب عند القاضي وهو طلب الخصومة والتملك وبتاخيره شهرا اي بتاخير هذا الطلب بغير عذر كالمرض ونحوه شهرا تبطل الشفعة عند محمد وهو قول زفر لانه لو لم يسقط حقه بتاخير الخصومة يتضرر المشتري فانه تعذر عليه التصرف مخافة ان ينقض الشفيع تصرفه وقدر بشهر لانه في حكم الآجل وما دونه عاجل وبه يفتي عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف لا يسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو ظاهر الرواية وذكر في الهداية والكافي الفتوى على ابي حنيفة رحمهما الله لكن

ماذكره المصنف اختيار شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ومثله في فتاوى قاضيخان
والخلاصة وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة اختيارا في قدر مجلس من مجالس القضاء تبطل الشفعة
فاذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي
ان فلانا اشترى دارا ويبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بدار لي فمره بتسليمها
الي وبعد ذلك سأل القاضي الخصم عن مالكية الدار المشفوعة بها فان اقر بملك ما يشفع به
او انكر واستحلف ونكل عن الحلف على العلم بانه مالكه وانما يحلف على العلم لانه حلف
على ما في يد غيره هذا قول ابي يوسف وعند محمد يحلف على البتات او برهن الشفيع
على ان الدار التي يشفع بها ملكه ثم يسأله القاضي عن الشراء هل اشترى ام لا فان اقر
به اي بالشراء او انكر واستحلف ونكل عن الحلف بالله ما اشتريت هذه الدار
او بالله ما استحق في هذه الدار بشفعة وانما يحلف على البتات لانه حلف على فعل
نفسه او برهن الشفيع على الشراء قضى له بها اي بالشفعة فلزمه حينئذ احضار
الثمن وهذا ظاهر الرواية الاصل وعن محمد لا يقضي القاضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة واذا قضى بالشفعة قبل احضار الثمن فللخصم
ان يحبس الدار له اي لقبض الثمن لانهما انزلا منزلة البائع والمشتري
وللشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان البائع يصير مستحقا عليه
يدا فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك لكنه لا يسمع القاضي البينة على البائع
في يده المبيع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضوره لان الملك للمشتري واليد للبائع
والشفيع يريد استحقاقهما جميعا والقاضي يقضي بهما للشفيع فيشترط
حضورهما بخلاف ما اذا كان المبيع في يد المشتري حيث لا يشترط حضور
البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشتري فصار
كاجنبي آخر ويقضي بالشفعة والعهدة على البائع فيجب عليه تسليم المبيع وعند

بالجر مع جواز الرفع ۱۲ ق

كذا في المحيط ۱۲ نقايه

كذا في الهداية لكنه مستدرك

استحقاق المبيع ضمان الثمن على البائع فيطلب منه وقال الشافعي رح العهدة على المشتري
بكل حال سواء اخذها من يد البائع او من يد المشتري واذا قضى للشفيع بالمبيع فله رده
بسبب خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه لان الاخذ بمنزلة الشراء
لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته
لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع وان اختلف الشفيع في الثمن يكون القول للمشتري
مع يمينه في قدر الثمن لان الشفيع يدعي حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر
والقول للمنكر مع يمينه ولو اقاما البينة يكون بينة الشفيع احق من بينته وقال ابو يوسف
والشافعي رح بينة المشتري احق لانه يثبت زيادة الثمن فالمثبت اولى ولابي حنيفة ومحمد رح
انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لاحتمال انه اشترى مرتين مرة بالاقل ومرة بالاكثر و
للشفيع ان ياخذ بايهما شاء ولو ادعى المشتري ثمنا وبائعه اقل منه اخذ الشفيع
بقوله اي بقول البائع قبل قبضه اي البائع الثمن سواء كان المبيع في يده او بيد المشتري
لان الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان اكثر كما قال المشتري فقد حط البائع الثمن
عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع واخذ الشفيع بقول المشتري ان شاء ولم يلتفت
الى قول البائع بعده اي بعد قبض البائع الثمن لان حكم البيع في حق البائع قد انتهى بوصول
الثمن اليه فصار كاجنبي اخر فلا قول له بعد ذلك في مقدار الثمن وبقي الاختلاف
بين الشفيع والمشتري فيكون القول للمشتري مع يمينه كما مر فانما قال وبائعه
اقل منه لانه لو ادعى البائع اكثر يتحالفان اي البائع والمشتري ويترادان وايهما نكل
فظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي العقد بينهما ويأخذ
الشفيع بما قال البائع لان فسخ العقد لا يوجب بطلان حق الشفيع واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع واخذ المبيع بالاقل في حط بعض الثمن خلافا للشافعي وكذا
اذا اخذ الشفيع ثم حط البائع عن المشتري بعض الثمن فانه يحط ذلك عن الشفيع

قوله وبقول المشتري بعده اي اخذ الشفيع المبيع الذي بيد المشتري بعد قبض البائع الثمن والمراد بقوله قبل القبض قبل قبض تمام الثمن حتى لو قبض بعض الثمن وبقي منه شيء فالقول قول البائع برجندي

ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه اخذ منه فوق حقه وان زاد
المشتري للبايع في الثمن لم يلزمه الزيادة على الشفيع واخذ المبيع في زيادتها اي في زيادة
الثمن باقلهما اي اقل الثمنين لان الشفيع استحق اخذ المبيع بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري
لا يملك ابطال حق الثابت للشفيع وان حط البايع عن المشتري كل لم يسقط عن الشفيع
واخذ المبيع في حط الكل بالكل اي كل الثمن لانه لا يلحق باصل العقد لان حط جميع
الثمن لو الحق باصل العقد يصير العقد هبة ولا شفعة في الهبة ويصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا
ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى ابطال حق الشفيع واخذ الشفيع في شراء الشيء بثمن
المثلي كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب بمثله لقدرته على المثل الكامل واخذ في شراء
الشيء بثمن غيره اي غير المثلي كالعروض والعقار بقيمة الثمن لعجزه عن المثل الكامل ويعتبر
قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ ففي بيع عقار بعقار اخذ كل اي شفيع كل واحد منهما
بقيمة الآخر وفي بيع دار بعرض اخذها بالقيمة اي بقيمة العرض وقال اهل المدينة اخذها بقيمة
الدار ويختار الشفيع في ثمن مؤجل بيع داره به ان شاء اخذها بحال او طلب الشفيع في الحال
وصبر حتى ينقضي الاجل ثم اخذ الدار بعد الاجل ولو سقط عن الطلب حتى يطلب بعد
الاجل بطلت شفعته وفي قول ابي يوسف الآخر لم يبطل وليس له ان ياخذ في الحال بثمن مؤجل
وقال زفر والشافعي رح في القول القديم وعن مالك رح له ذلك وهذا اذا كان الاجل معلوما
فان كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وما اشبه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها
لم يكن ذلك له لان الشراء بالاجل المجهول فاسد في حق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد
واذا بنى المشتري في العرصة او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار في بناء المشتري
وغرسه ان شاء اخذ بالثمن وقيمتهما اي قيمة البناء والغرس مقلوعين او كلف المشتري قلعهما
وعن ابي يوسف رح انه لا يكلف للقلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان
يترك وبه قال الشافعي رح وليست الشفعة الا في بيع صحيح لانها انما يثبت عندنا

بخلاف القياس بالآثار والمعنى ان لا يجوز الشفعة الا انا جوزنا الشفعة بالآثار في معاونة مال بمال فيقتصر عليها ولانها انما يجب عند رغبة البائع يعرفها الا ترى انه يكتفى بثبوت البيع في حق البائع ولهذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة ان اقر البائع بالبيع بان كذب به المشتري لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك للمشتري لانكاره او في هبة مشروطة بعوض لانها في معنى البيع لكن بشرط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب والعوض وينبغي ان يكون العوض مشروطا في العقد وان لم يكن العوض مشروطا في العقد فلا شفعة خلافا لمالك ولا يجب الشفعة في الشجر والتمر بيعا قصدا بلا عرصة ولو بيعا بتبعية العرصة يجب فيهما الشفعة كذا شفعة في بناء بيع قصدا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل وان لم يكن طريق العلو في السفل لانه التحق بالعقار لما له من حق القرار ولا في بيع بخيار للبائع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه الا بعد سقوطه اي بعد سقوط الخيار بزوال المانع لخروج المبيع عن ملكه وتكلموا في ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند سقوط الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار وان اشترى بشرط الخيار وجب الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد رح فلانه صار ملكا للمبيع واما عنده فلخروج البيع عن ملك البائع وحق الشفعة يعتمد على انقطاع حق البائع لا على ثبوت الملك للمشتري كما ذكرنا فان اخذ الشفيع في ايام الخيار فقد وجب البيع ولا خيار للشفيع لان الخيار لا يثبت الا لمن شرط له والشرط للمشتري دون الشفيع ولا في البيع الفاسد اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع في البيع واما بعد قبض فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من العاقدين فسخه والفسخ مستحق حقا للشرع الا بعد سقوط فسخه بان باع المشتري من آخر فحينئذ وجب الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذه بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني ويأخذ بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع له سببان فله ان يأخذ بايهما شاء فان اخذ بالثاني اخذ بالثمن لان الشراء الثاني صحيح وان اخذ بالاول اخذ بالقيمة لان المبيع في البيع الفاسد

مضمون

مضمون بالقيمة ولا فى رد بخيار اى من اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى
بخيار روية او شرط او عيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فيعود الى قديم ملك البائع
فلا يتجدد للشفيع الشفعة لان الشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه الا فى
خيار عيب فانه ان ردها بلا قضاء فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضاء بمنزلة البيع
المبتدأ خلافا لزفر والمراد بالعيب بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من كل وجه
وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضاء صاحبه
او قضاء قاض ولا شفعة لمن باع وكيلا كان او اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا
فى نقض ما تم من جهته وهو مردود شرعا او لمن بيع له وهو الموكل فانه اذا وكل وكيلا
ببيع داره فباع الوكيل داره والموكل دار اخرى بجنب الدار المبيعة لا شفعة للموكل
فان تمام البيع به فانه لا توكيل لما جاز بيعه او لمن ضمن الدرك عن البائع وهو
الشفيع لانه تقرير البيع فكان كالبائع بل لمن اشترى اصالة ووكالة او اشترى له اى
للموكل وكل بالشراء لان الشفعة انما يبطل باظهار الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها
والشراء اظهار الرغبة فيها فلا يكون ابطالا للشفعة وفائدته انه لو كان المشترى
او الموكل بالشراء شريك وللدار شريك اخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة
للجار مع وجوده ويبطلها تسليمها بعد البيع فقط لا قبله فلو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء
فتسليمه جائز لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم ويبطلها الصلح من شفعة على عوض مع
بطلانه اى بطلان الصلح فلا يجب العوض ورده ان اخذ لانه اسقط حقه ولكنه طمع
فى غير مطمع فيكون العوض رشوة ويبطلها موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء بالشفعة و
لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة وقال الشافعى يورث عنه واما ان مات بعد القضاء
بالشفعة قبل نقد الثمن لا يبطل الشفعة موت المشترى لان المستحق باق ويموت المستحق عليه
لم يتغير بسبب الاستحقاق ويبطلها بيع ما يشفع به بعد شراء المشترى سواء علم بالشراء او لا

لانه لو صالح على بيت معين من الدار ... لان الثمن مجهول ... ١٢ نقاية

لانه حق المورث ولنا ان حق الشفعة حق التملك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته ١٢ قهستانى

قبل القضاء بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار او الشركة وقد زال قبل التملك بخلاف ما اذا باع الشفيع
داره على انه بالخيار بعد شراء المشتري فانه يكون على شفعته لان الملك لم يزل ويشفع حصة
احد الجماعة المشترين اي اذا اشترى خمسة مثلا دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ
نصيب احدهم وترك الباقي لانه ليس في هذا الاخذ ضرر تفريق الصفقة على المشترين
لان الشفيع يقوم مقام احد المشترين ولا فرق في هذا قبل القبض وبعده وهو الصحيح
وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه فصّل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب
احدهم ليس له ذلك لانه متى اخذ احدهم من يد البايع يتضرر البايع بتفريق اليد
بخلاف ما بعد القبض لانه ليس في يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ
نصيب احدهم اذا نقد الشفيع ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته لئلا يؤدي الى تفريق اليد
على البايع كاحد المشترين لا يشفع نصيب احد الجماعة البايعة اي ان اشترى احد دارا من
خمسة مثلا اخذ الشفيع كلها او تركها وليس له ان ياخذ البعض دون البعض وقال
الشافعي رح له ان ياخذ حصة احدهم كما في الفصل الاول فان سمع الشفيع ان
المشتري زيد وسلم الشفعة بشراء زيد فظهر شراء غيره فهو على شفعته لتفاوت الناس
في الجوار فالرضاء بجوار زيد لا يكون رضاء بجوار غيره ولو ظهر ان المشتري زيد وغيره
فله ان ياخذ نصيب غير زيد لان التسليم لم يوجد في حق غيره او سمع الشراء بالف
درهم فظهر ان الشراء باقل من الف او بمثلي كحنطة او شعير قيمتهما الف او اكثر فتسليمه باطل
فلا تسقط شفعته الا ان يسمع الشراء بالف وسلم الشفعة ثم ظهر انه قيمي كالعرض قيمته
الف او اكثر فانه لا يبقى له الشفعة لان الشفيع انما ياخذ ههنا بقيمة العروض فان كانت
القيمة الفا فقد سلم المبيع به وان كانت قيمته اكثر فتسليم المبيع بالف تسليم بالاكثر
بالطريق ولو ظهر ان البيع بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كانت
اقل فهو على شفعته وقال زفر رح له شفعته في الوجهين والاصل ان

الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم على بعض
الوجوه ثم ظهر خلافه بقيت الشفعة كما كانت لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحق
فان باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار وهذه
حيلة في اسقاط الشفعة وكذا لو وهب له قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار
ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب الشفعة للجار لان ملكه لا يلازق المبيع ثم الحيلة لاسقاط الشفعة
الثابتة لا شك انه مكروه وذلك ان يقول المشتري للشفيع ان ابيع الدار منك
بما اخذت فلا فائدة لك في الاخذ بالشفعة فقال الشفيع نعم سقط الشفعة واما الحيلة قبل
وجوب الشفعة فعند ابي يوسف رح لا يكره وعند محمد يكره على هذه الحيلة لاسقاط الزكوة والله
اعلم بالصواب

كتاب القسمة

هي في اللغة اسم من الاقتسام يقال اقتسموا المال بينهم
وفي الشرع تعيين الحق الشائع وهي لا تعرى عن معنى الافراز والمبادلة ولكن غلب فيها الافراز
في المثلي كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين ابعاضها فكان ما
ياخذ كل شريك مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه الا ترى ان لاحدهما ان
ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولو كان مبادلة يشترط رضاءه وغلب فيها المبادلة
في غيره اي في غير المثلي كالحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كل
شريك كانه اخذ حقه ولهذا لا يقدر احدهما ان ياخذ عند غيبة صاحبه فيا خذ
كل شريك حصته بغيبة صاحبه ثمة اي في المثلي لا هنا اي في غير المثلي كما ذكرنا ويندب
نصب قاسم ويرزق من بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر لان القسمة فصل الخصومة لان تمام
الانقطاع يكون بالقسمة فاشبه القضاء من هذا الوجه فالاولى ان يجعل كفايته في بيت المال كرزق
القاضي وان لم يفعل ذلك بل نصب قاسم ليقسم باجر على المقاسمين صح لان المنفعة حصلت
لهم فتكون الغرم عليهم فيقدر باجر مثله كيلا يتحكم القاسم بالزيادة عليهم وهو اي اجر القاسم
على عدد رؤس الشركاء عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر الانصباء وهو قول الشافعي رح لان

هذه موعظة لحقهم بسبب الملك ولابي حنيفة ان المعنى عليه هو التميز والاجر مقابل به وتميز
الاقل كتميز الاكثر بل قد يكون العمل في معرفة الاقل او اكثر لان الحساب يدق لقلة النصيب
وقد ينعكس فاعتبر نفس التميز ويجب كونه اى القاسم عدلا يعتمد على قوله عالما بها اى القسمة يتقلد
عليها ولا يعين قاسم واحد اى لا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد بان استاجروه لان القاسم
لو تعين يتضرر الناس لانه يفضى الى غلاء الاجر ولا يشترك القسام كيلا يتواضعوا على الاجر
بخلاف اذا لم يشتركوا لانه يتسارع كل قاسم الى القسمة باجر يسير حذرا عن الفوت وقسم بطلب
احدهم اى احد الشركاء ان انتفع كل شريك بحصته بعد القسمة لان فى القسمة تكميل المنفعة
وقسم بطلب صاحب الكثير فقط اى دون طلب صاحب القليل ان لم ينتفع الشريك الاخر وهو
صاحب القليل بعد القسمة لقلة حصته كذا ذكره الخصاف وهو الاصح لان الاول يطلب
من القاضى ان يخصه من الانتفاع بملكه ويمنع غيره وهذا طلب الانصاف لا التعنت
فعلى القاضى ان يجيبه واما الثانى فمتعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت
بالرد وذكر الخصاف على عكس هذا وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضى
ولم يقسم الا بطلبهم ورضائهم ان تضرر كل واحد للقلة لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة
وفى هذا تفويتها لكن يجوز برضائهم لان الحق لهم وهم اعرف بشانهم اما القاضى فيعتمد الظاهر
ولا يقسم الجنسان جبرا فيقسم القاضى كل موزون ومكيل و معدود متقارب و تبر الذهب
والفضة والنحاس والابل والبقر والغنم بانفرادها ولا يقسم شاة وبعير جبرا قسمه جبر
بان يجمع نصيب احدهم فى الشاة خاصة ونصيب الاخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا
وكذلك البعير وغيره ولا يقسم الرقيق جبرا عند ابى حنيفة وقالا يقسم لاتحاد الجنس كالابل والغنم فله
ان التفاوت فى الادمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة فلا يجوز الاجبار على
القسمة ولا الجواهر كاللالى واليواقيت وقيل يقسم الكبار عنها لفحش التفاوت ويقسم الصغار
لقلة التفاوت وقيل الجواب يجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق فالاولى ان لا يجبر

فيها على القسمة ولا الحمام ولا البير ولا الرحى وكن الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يبق كل نصيب منتفعا لا يقسم القاضي الا برضائهم استثناء من قوله ولا يقسم الجنسان اه وذلك لالتزامهم الضرر بانفسهم ودور مشتركة في مصر قسم كل دار على حدة ولا يجمع نصيب احدهم في دار وهذا عند ابي حنيفة وقالا الرأي فيه للقاضي فان رأى ان الاصلح قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما ان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى والاجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا الى رأي القاضي وله ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والقرب الى السوق والبعد عن السوق والداران اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما كما هو مذهبه كذا روي هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى وهو قسمة الجمع او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس وصحت القسمة ان اتفقت الشركاء واقتسموا بينهم بالتراضي من غير امر القاضي لولايتهم على انفسهم واموالهم الا عند صغر احدهم فيحتاجون الى امر القاضي لقصوره ولا يتهم عنه وقسم نقلي في ايدي الشركاء حضروا عند القاضي ويدعون انه ارث يعني اذا كان المال المشترك سوى العقار وادعوا انه ميراثهم قسم القاضي بينهم بلا اجماع باعترافهم من غير اقامة البينة على الموت وعدد الورثة واذا ادعوا شراءه او ملكه مطلقا قسم ايضا وهذا ظاهر وكذا قسم عقار بدعوه شراءه ويعترفون به وروي عن ابي حنيفة غير رواية الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم فسوى بين الشراء والارث او ملكه مطلقا من غير ذكر السبب فان ادعوا ارثه اي العقار عن فلان لا يقسم القاضي بينهم حتى يبرهنوا اي يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسم بينهم باقرارهم ويذكر القاضي في صك القسمة انه قسمها باقرارهم ولهما ان العقار في ايديهم وهي دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل في اخبار المسلم الصدق والبينة انما تقام على المنكر ولا منكر ههنا ولا منازع لهم فلا تفيد وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس

الحجة عليه فلابد لهم من اقامة البينة وهذا لان الشركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك

الميت بدليل ان حقه يثبت فى الزوائد التى تحدث بعد ذلك ويقضى منها ديونه وينفذ وصاياه

وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان

هذا قضاء على الميت يقطع حقه فلابد من البينة اما النقلى فهو فى معرض التلف فيقسم

وان ادعوا ارثه لان القسمة تفيد زيادة الحفظ فكان القسمة للحفظ بخلاف العقار لانه محصن

بنفسه لا يخشى عليه التلف فلم تكن قسمة للحفظ بل كانت قسمة قضاء على الميت يقطع حقه

ولا يقسم ايضا ان برهنوا انه اى العقار معهم اى فى ايديهم وارادوا القسمة حتى برهنوا انه

لهم لاحتمال ان يكون لغيرهم اذ اليد فى العقار ليس بدليل للملك قيل هذا اى عدم القسمة

قول ابى حنيفة رح خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان بحق الملك تكميلا

للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثانى للاستغناء عنه

لان العقار محفوظ بنفسه ولا يقسم ايضا ان كان شئ منه اى من العقار مع الوارث الطفل

والوارث الغائب لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والطفل باخراج شئ مما كان فى يده من غير

خصم حاضر ولا فرق فى هذا الفصل من اقامة البينة وعدمها فى الصحيح ولا تدخل الدراهم التى

ليست من التركة فى القسمة اى فى قسمة العقار ليجبر بها نقصان بعض الانصباء صورته دار بين

جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء

دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى

وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا برضاهم او بان تعذر القسمة فى القاضى

ذلك حتى اذا كان ارض وبناء يقسم بطريق القيمة عند ابى يوسف رح وعند ابى حنيفة رح تقسم

الارض بالمساحة فالذى وقع البناء فى نصيبه يرد على الاخر بدراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم

ضرورة وعند محمد رح انه يرد على شريكه من العرصة فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولا يمكن التسوية

ثم يرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وان قسم بينهم ووقع مسيل فى قسم او طريقه

فى قسم آخر ولم يشترطوا ذلك فى القسمة صرف المسيل والطريق عنه ان امكن الصرف وليس له ان
يتطرق ويسيل فى قسم آخر والا اى وان لم يكن الصرف فسخت القسمة لان المقصود منها هو قطع الشركة
ولم يحصل وصورته دار بين رجلين وفيها صفة وبيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت
على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة
من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر لفتح بابه فيما اصابه من الساحة
ويسيل ماءه فى ذلك فاراد ان يمر فى الصفة على اهله ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك
سواء شرط كل واحد منهما ان ما اصابه له بكل حق له اولم يشترط ذلك وان اقر احد المتقاسمين
بالاستيفاء ثم زعم وادعى ان بعض حصته وقع فى يد صاحبه غلطا صدق بالحجة لانه يدعى لنفسه
حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد فلا يقبل قوله الا بالحجة فان لم يكن له حجة استحلف الشركاء
ولانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين
جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم ذلك بينهم على قدر نصيبهما قالوا وينبغى ان لا يقبل دعواه اصلا لانه
متناقض وجه القبول انه اعتمد على قسمة القاسم فاقر بالاستيفاء ثم لما ظهر الغلط فى قسمة القاسم لا يؤخذ بذلك
الاقرار واذا اقتسمت الدار والارض بين الورثة والمشتريين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه يكون
شهادة القاسمين الذين توليا القسمة على استيفاء حقه حجة مقبولة عند ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد
الشافعى لا تقبل وهو قول ابى يوسف رح اولا وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد رح انه شهد على فعل
نفسه فلا تقبل قلنا لا بل شهد على الاستيفاء وهو فعل غيره وفسخت القسمة ان استحق بعض مشاع
فى الكل وهذا بالاتفاق ولا يفسخ القسمة ان استحق بعض حصة احدهما شائعا كان المستحق او معينا
وهذه المسئلة على ثلثة اوجه الاول ان استحق جزء شائع من الكل فيفسخ القسمة اجماعا والثانى ان استحق جزء
بعينه فى الايخلو الامن الكل وهذه غير مذكورة فى المتن واما من نصيب احدهما فلا يفسخ اجماعا والثالث
ان استحق جزء شائع من نصيب احدهما فلا يفسخ بل المستحق عليه بالخيار ان شاء يرجع بقسطه
على صاحبه وان شاء ينقض القسمة وهذه عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة

وقول محمد مضطرب ذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة والاصح انه مع ابي حنيفة وصحت المهايات وهي في لسان اهل قسمة المنافع وهي جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها في سكون هذا اي احد الشريكين بعضا من دار معين وسكون هذا اي الشريك الاخر بعضا اخر من هذه الدار وفي خدمة عبد واحد بان تهايا على ان يخدم هذا العبد الشريك يوما ويخدم هذا الشريك يوما ويخدم هذا الشريك يوما اخر اي اصحاب المهايات في سكنى بيت صغير على ان يسكن هذا الشريك يوما وهذا يوما اخر لان المهايات قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والتهايؤ متعينين جائز هنا وصحت المهايات في خدمة عبدين بان يخدم هذا الشريك هذا العبد ويخدم الشريك الاخر العبد الاخر وهذا ظاهر عندهما لانهما يجوزان قسمة الرقيق واما عند ابي حنيفة فلان الخدمة هي القيام بالجوارح والتفاوت في ذلك قليل بخلاف اعيان الرقيق لانها يتفاوت تفاوتا فاحشا على اصله والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

هي التبرع بما ينفع به الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وقد يقال وهبته مالا ويسمى الموهوب هبة وتمليك عين بلا عوض شريعة واهلها اهل التبرع وهي تصح بوهبت فانه صريح في الهبة ونحلت اي اعطيت فانه يستعمل في التمليك بغير عوض نحوهما كاعطيت واطعمت هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرت هذا الشئ وهذه الالفاظ ايجاب ولا بد من القبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وتتم الهبة بالقبض حتى لا يثبت الملك قبل القبض ثم قال والمعتبر ثبت في مجلسها اي مجلس الهبة ولو وقع القبض بلا اذن الواهب لان القبض هنا بمنزلة القبول من حيث توقف الملك عليها وكما ان الايجاب منه يكون تسليطا على القبول فكذا يكون تسليطا على القبض وهذا بخلاف ما اذا قبض بعده اي بعد المجلس فانه لم يجز الا باذن الواهب ولا تصح الهبة في شئ مشاع يحتمل ان يقسم ويصح في ما لا يحتمل ان يقسم وقال الشافعي يصح ونعني بما لا يحتمل القسمة ان لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد او دابة واحدة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب ونعني بما يحتمل ان ينقسم منتفعا به قبل القسمة وبعدها فالاصل ان كل شئ يضره التبعيض

ويوجب نقصانا في ماليته فانه لا يحتمل القسمة فان قسم المشاع المحتمل القسمة وسلم صح

التمام بالقبض والشيوع قد زال عند القبض وكذا اي مثل هبة المشاع هبة لبن في ضرع ونحوه

كصوف على ظهر غنم ونخل في ارض وزرع وتمر على النخيل فان الهبة لا تصح في هذه الاشياء واذا استخرج اللبن

وسلم وقطع الزرع والنخل والتمر وسلم تصح لان عدم الصحة لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب مع امكان

الفصل وذا يمنع القبض كالمشاع ولا يصح هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وان طحن وسلم الدقيق

واخرج الدهن وسلم لان الموهوب معدوم وقت الهبة فان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر

وغاية ما في الباب ان الدقيق يحصل بالحنطة والطحن والدهن بالسمسم والعصر الا ان الطحن والعصر اخرهما

فيضاف الموجود اليهما وهبة ما مع الموهوب له اي اذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب

وديعة او عارية او امانة او غصبا فالهبة تامة ويثبت الملك بمجرد العقد بلا قبض جديد كهبة الاب

لطفله فانها تامة بمجرد قوله وهبت لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين

ان يكون في يد الاب او بيد مودعه وكذا اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو في عيالها وابوه ميت ولا

وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وقبضه اي قبض الطفل عاقلا وقبض من

يربيه كالعم والاخ وكذا الاجنبي وهو اي الطفل معه اي مع من يربيه وقبض الزوج للزوجة الطفلة

بعد الزفاف معتبر خبر لقوله وقبضه وما عطف عليه في هبة الاجنبي له اي للطفل لانه تمحض نفعا

وفي الشافي لا يصح قبض الصبي العاقل بنفسه وصح هبة اثنين دار الواحد لانهما سلماها معا جملة وهو

قد قبضها جملة فلا يدخل فيها الشيوع اذ المانع الشيوع عند القبض لا عند العقد وعكسه اي وهبها واحد لاثنين

لا اي لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع وله ان الملك يثبت على الشيوع في النصف

هذا وفي النصف هذا بالاجماع والقبض لا يتحقق في المشاع كصدقة عشرة دراهم على غنيين فانه لا يصح

عند ابي حنيفة وعندهما يصح لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما في هبة واحد دارا لاثنين على ما مر انفا

وله ان التصدق على غنيين يراد به الهبة مجازا والملك يثبت للغنيين على الشيوع والقبض لا يتحقق

في المشاع وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين بالاتفاق لان التصدق على الفقيرين يراد به وجه

الله تعالى اذ الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهذا لم يكن فيها رجوع قال عليه السلام تقع في كف الرحمن قبل ان تقع
في كف الفقير وانما تقع للفقير نيابة عن الله بحكم الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلم يتمكن الشيوع فيها فيبطل كالهبة اذا وهبت لواحد
ونقصها اثنان بحكم لو كان عن موهوب ويصح الرجوع عنها اي الهبة وقال الشافعي لا يصح الا في هبة الوالد لولده لانه عقد تمليك فيجب ان يلزم
كالبيع وانما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا قوله عليه السلام الواهب
احق بالرجوع من الهبة ما لم يثب اي لم يعوض منها وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب العوض وهذا ابقاء للايادي وقرض المعروف كالشرع
والمراد برجوع الاب انه اذا احتاج الى ذلك تملكه فان الاب يتفرد بالاخذ من مال الابن لحاجته ويسمى رجوعا باعتبار الظاهر ولا يصح الرجوع
الا بتراض او حكم قاض لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما ويمنعه اي الرجوع
زيادة متصلة بالموهوب كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع
في الاصل دون الزيادة ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل
دون الزيادة ممكن وموت احدهما اي الواهب والموهوب له اما ان مات الموهوب له فلان الملك انتقل الى الورثة واما اذا مات الواهب فلان النص اوجب
حق الرجوع للواهب دون غيره وعوض اضيف اليها بان قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او ما شاكله فقبضه الواهب
ولو وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا فلكل واحد منهما ان يرجع ولو كان العوض عن اجنبي متبرعا فقبض الواهب العوض سقط الرجوع ايضا وخروجها
عن ملك الموهوب له بان باع الهبة او وهبها للاخر والزوجية لانها نظير القرابة في جريان التوارث بينهما بلا حجب وقت الهبة
حتى لو وهب رجل لامرأة ثم نكحها فله ان يرجع ولو وهب لامرأته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع والقرابة المحرمية لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم
لم يرجع فيها وهلاك الموهوب لتعذر الرجوع بعده فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف وضابطها اي ضابط الموانع حروف
دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج من ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب
وقد قيل بيت ومانع عن حق الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه وهو اي الرجوع فسخ الهبة من الاصل فيعود الملك القديم للواهب
لا هبة للواهب حتى لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك القديم وهي الرجوع في المشاع وقال زفر الرجوع بغير
قضاء بمنزلة الهبة المبتدأة وهي اي الهبة بشرط العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده له هبة ابتداء فشرط قبضهما
اي قبض الواهب والموهوب له للعوض على ان يكون المصدر مضافا الى الفاعل والمفعول والاخر محذوف وتبطل بالشيوع فان وهب شقصا
مشاعا لا يجوز بيع حتى تقابضا صح العقد وصار في حكم بيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويثبت به الشفعة في العقار

والشافعي رح ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطل بالشيوع لان هذا التصرف
معنى ولنا انه فيه جهتان فاشتمل على جهتين فيجب الجمع بينهما ما امكن توفيرا على الشبهين حظهما وان وهب جارية واستثنى حملها
او شرط في الهبة ما يفسد البيع كشرط ان يردها الموهوب له عليه بعد حين او ان يعتقها او يستولدها او يدبرها بطل الاستثناء والشرط
وصحت الهبة اما بطلان الاستثناء فلانه لا يصح الا فيما يصح افراده بالعقد والحمل لا يصح افراده بالهبة فكذا لا يصح استثناؤه واما بطلان الشرط
فلما انه لا موجب العقد لان الشرع يعمل في عقود دون التبرعات واما صحة الهبة فلانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بل العقد يصح
ويبطل الشرط لان الملك في الهبة معلق بالفعل الحسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الحس اذا وجد
لا مرد لها قد يمكن ان يجعله عدما وان اعتق الحمل ثم وهبها اي الام صحت الهبة وان دبره اي الحمل ثم وهبها لا تصح
في الام والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شيء
بملك الواهب فلم يجز اما الاعتاق فيزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب
فيجوز وصح العمرى وهي في الاصل مصدر وفي الشرع جعل داره له عمره بشرط ان يرد اليه اي الواهب اذا مات المعمر فيصح التمليك ويبطل الشرط ويكون الدار له
حيا او ميتا لورثته بعد موته لان الاصل ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما ذكرنا فتكون الهبة جائزة والشرط باطلا ولا يصح الرقبى وهي في الاصل مصدر بمعنى الترقب
وفي الشرع ان مت قبلك فهي لك اي الدار لك وسمي رقبى وهي المراقبة والانتظار لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه كانه يقول ارقب موتك وترقب موتي فان
مت فهي لك وان مت فهي لي وهي باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح فالاختلاف راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة
فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وهما قالا في نفس التمليك فكان هذا تعليق التمليك
بالخطر وهو موت المملك قبله وذا باطل واذا لم يكن هبة عندهما تكون عارية لانه اطلق له الانتفاع والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض
لانها تبرع كالهبة ولا في مشاع يقسم كما لا تصح هبة نصف الدار ولكن لا عود اي لا رجوع فيها اي في الصدقة لان المطلوب بالصدقة الثواب
وقد حصل ولو تصدق على غني او وهب لفقير لا يرجع اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في المسئلة الثانية ولانها الرجوع حق ضعيف وقع
في الشك ولاية الرجوع فلا يرجع بالشك ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع واعلم ان العدل بين التسوية
الابن والبنت في الهبة عند ابي يوسف رح لقوله عليه السلام سووا بين اولادكم في العطية ولو كنت مفضلا احدا لفضلت الاناث وعند محمد ان يسوي بينهما على سبيل الميراث اي
للذكر مثل حظ الانثيين

كتاب الاجارة

وهي لغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير من اجر يأجر من باب نصر وضرب او آجر مجازا فهو مؤجر لا من آجر فهو مؤاجر فلا يقال مؤاجر فانه خطأ وشرعا بيع نفع معلوم بعوض كذا اي معلوم دين كالنقود والمكيل

والموزون او حين كالعبيد والثياب ثم اعلام العوض ان كان النقود ببيان النقد وبيان
الصفة انه جيد او وسط او ردى وان كان العوض كيليا او موزونا او عدديا متقاربا
فاعلامها ببيان القدر والصفة ويحتاج الى مكان الايفاء ان كان له حمل ومؤنة عند ابى حنيفة
وان كان عرضا او شربا يشترط فيه مثل شرائط السلم وهذا كله ان كانت الاجرة دينا وان
كانت الاجرة عينا فاعلامها بالاشارة ويعلم النفع بثلثة اشياء بذكر المدة كاستيجار الدور
للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة وان طالت لان المنافع تحدث شيئا
فشيئا فمقداره يصير معلوما ببيان المدة لكن فى الوقف لا تصح فوق ثلث سنين فى الصحيح لانه ربما
يدعى المستاجر ملكها قيل والحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد واعقودا متفرقة كل عقد
على سنة فيكون العقد الاول لازما والثانى غير لازم لانه مضاف كذا فى الذخيرة وبذكر العمل و
ذا ببيان محله كصبغ الثوب او خياطته او استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا معلوما
وبالاشارة والتعيين كنقل هذا الطعام مثلا الى ثمه اى موضع معلوم ولا يجب تسليم الاجرة بالعقد
اى بنفس العقد عينا كانت او دينا وقال الشافعى رح يملكه بنفس العقد ويجب تسليمها عند
تسليم الدار والدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة مطلقة يوجب ملك البدل بنفسه كعقد
البيع قلنا عقد المعاوضة يقتضى تقابل البدلين فى الملك والتسليم اى يثبت الملك فى البدلين معا
كالبيع واحد البدلين هو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى الملك فيها الى حين وجودها
فكذا الاجرة بل يجب بتعجيلها من غير شرط فان المستاجر اذا عجلها ليس له الاسترداد كما يسترد
الواجب فمعنى الوجوب بالتعجيل ان لها حكم الوجوب او بشرطها فاذا شرط تعجيل الاجرة يجب معجلة او باستيفاء
المعقود عليه او التمكن منه اى من استيفاء نفع فتجب الاجرة للدار قبضت وان لم يسكنها المستاجر وان
غصبها غاصب من يد المستاجر تسقط الاجرة بالغصب بقدر فوت تمكنه اى المستاجر من الانتفاع وهل
ينفسخ بالغصب قيل لا ينفسخ وقيل لا ينفسخ وللموجر طلب الاجرة من المستاجر للدار كل يوم لا لمضى مدة معلومة لكل
يوم وكذا من استاجر الدار التى مسكنه فللموجر طلب الاجر للدابة لكل مرحلة وليس للموجر للقصارة والخياطة

طلب الاجرة قبل الفراغ من العمل بل طلب الاجرة اذا تمت القصارة والخياطة وكان ابوحنيفة
يقول اولا وهو قول زفر رح لا يجب ايفاء شئ من الاجر الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت
الاجارة معقودة على المدة كما في اجارة الدار والارض او على قطع المسافة كما في كراء الدابة الى مسكنه
او على العمل كما في القصارة والخياطة والصباغة ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت جازة
على المدة او على قطع المسافة يجب ايفاء الاجرة بحصة ما استوفى من المنافع وللموجر
للخبز طلب الاجرة بعد اخراجه اى الخبز من التنور فاذا احترق الخبز من غير فعله بعد ما
اخرج فله الاجر لانه اوفى عمله وان احترق قبله اى قبل الاخراج لا اجر له ولا غرم عليه
فيهما اى في الاحتراق بعد الاخراج وقبله هذا قول الكل وذكر القدوري في شرحه ان قولهما
يجب الضمان وهو اختيار صاحب الهداية ولا ضمان عليه في الحطب والملح لانه صار مستهلكا قبل
وجوب الضمان وللموجر طلب الاجرة للطبخ بعد الغرف اى بعد اخراج المرق من القدر الى القصاع
ولضرب اللبن بعد اقامته عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل وله
ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد ويحبس العين للاجر كل من
ملكه اى شيئا من ماله بها اى بالعين كالصباغ والقصار خلافا لزفر فان عنده ليس له حق
الحبس فان حبس العين لاستيفاء الاجرة فضاع فلا غرم عليه لانه لما لم يصر متعديا
بالحبس بقي العين في يده امانة ولا اجر له لانه هلك المعقود عليه قبل التسليم وهلاك المعقود عليه
قبل التسليم يجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك في يد البائع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
العين مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ولصاحب الخيار ان شاء ضمن قيمة غير معمول ولا اجر
له وان شاء ضمن قيمته معمولا وله الاجر بخلاف الحمال والملاح وكل صانع ليس شئ
من ماله قائما بالعين فليس له ان يحبس العين للاجر لان المقصود عليه وهو العمل وقد
تلاشى واضمحل واما الابق اذا رده انسان فانه يحبس للجعل ولا اثر لعمله لانه يحبس للعمل
ولكن لما رد عينا كان على شرف الهلاك وصار بمنزلة احياء العين وتمليكه منه فكانه باعه

منه فلو حبسه ولمن اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدرهم فهذا من
قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا ان يستعمل غيره لان المستحق عليه
عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين فان قيد بان شرط
ان يخيط بيده اي بنفسه لا يكون له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه عمل مخصوص
بيده فيستحق عينه ومن استاجر اجيرا ليذهب الى البصرة ويجئ بعياله المعلومين
كان الاجير المجئ بعياله ان مات بعضهم وجاء بمن بقي له اجره بحسابه وهذا اذا
قلت مؤنة الباقين بموت من مات واما اذا لم ينقص بموته بان مات الكبار
مثلا فله كل الاجر وان استاجر حامل كتاب او زاد ليذهب الى زيد بالبصرة
ويجئ بجواب الكتاب ان ذهب ورده اي الكتاب او الزاد لموته اي لموت
زيد فلا شئ له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب لا اجر المجئ
وذكر فقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد رح وغيره ذكره مع ابي حنيفة رح وذكر
الذهاب بالكتاب يشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استاجره بالذهاب بشئ ليس لحمل
ومؤنة وكذا المجئ بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجئ بالجواب وترك الكتاب ثمه
فيما اذا كان ميت فانه يستحق الاجر كاملا وعند محمد رح وزفر رح ان استاجره
ليذهب بالطعام فرده له الاجرة وصح استيجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيه بان قال
استاجرت هذه الدار وهذه الدكان سنة فقط ولم يقل للسكنى لان المعقود عليه معلوم
بالعرف وهو السكنى فينصرف اليه وله كل عمل نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع
وغير ذلك سوى موهن البناء كالقصارة والطحن والحدادة لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان
يعمله الا برضاء المالك لا يصح استيجار ارض للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها اي في الارض
لان الارض تارة يستاجر للزراعة وتارة للبناء والغرس وغيرهما وما يزرع فيها متفاوتة
بعضه يضر بالارض فما لم يبين شيئا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما فيفضي الى

او نحوها بان يقول استاجرت الارض على ان ازرع فيها ما اشاء وح يكون الارض خالية عن الزراعة حتى يتمكن من الانتفاع فان استاجرها للبناء فيها او للغرس فيها نخلا او شجرا لان هذا منفعة مقصودة بالاراضي فاذا انقضت المدة لزم المستاجر ان يقلع البناء او الغرس و سلمها فارغة لانه ليس لنهايتهما مدة معلومة فلو لم يقلعهما يتضرر رب الارض بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع ولم يدرك حيث يترك باجر المثل في يده الى ان يستحصد لان لبلوغ الزرع غاية معلومة فامكن التاخير باجر المثل مراعاة للحقين الا ان يغرم الموجر للمستاجر قيمته مقلوعا وان يتملكه هذا بمنزلة التفسير يغرم بلا رضاء المستاجر لان نقص القلع الارض لانه يتضرر الموجر بنقصان ارضه فله ان يختار التملك بلا رضاء المستاجر لانه ضرر للمستاجر بعد ما اعطاه الموجر قيمة البناء والغرس والا اى وان لم ينقص القلع الارض فبرضاه اى يغرم الموجر للمستاجر ويعطيه قيمة البناء او الغرس ويتملكه برضاء المستاجر لان البناء والغرس له ولما لم ينقص القلع الارض كان له ان لا يرضى بتملك الموجر ويقلع البناء والغرس او الا ان يرضى الموجر بتركه اى بترك البناء او الغرس في الارض لان الحق له فله ان لا ياخذه واذا تركه فيكون البناء او الغرس لهذا اى للمستاجر والارض لهذا اى للموجر وعلى تقدير رضاء الموجر بالترك للمستاجر يقلع البناء او الغرس ان لم ينقص القلع الارض وهذا ظاهر الرطبة كالشجر فاذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة قلعت الرطبة لانه ليس لانتهائها غاية معلومة فصارت كالشجر واذا استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا معلوما وزاد على ذلك فعطبت وضمن الحصة بالزيادة على حمل ما ذكر لان تلف الدابة بالثقل منقسم بعشرة اجزائه مثلا مأذون فيه فانقسم عليهما وهذا ان اطاق مثل هذه الدابة مقدار هذا الحمل ويضمن كل القيمة ان لم يطق مثل هذه الدابة هذا الحمل لانه خارج عن العادة فلم يكن مأذونا فيه **فصل** الاجارة الفاسدة تفسدها شروط تفسد البيع وكل شرط مخالف لموجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تبنى على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع مثل ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه فهذا الشرط مخالف لموجب العقد لان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء

المعقود عليه واذا ظهر الفساد فيجب على المستاجر اجر المثل لكن لا يزاد على المسمى اي الواجب الاقل من المسمى واجر المثل وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المنافع متقومة عندهما فاذا تعذر ايجاب المسمى يجب المصير الى القيمة كما في البيع الفاسد ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان الزيادة وصح اجارة كل شهر بكذا بلا بيان المدة في شهر واحد فقط وفسد في بقية الشهور لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى واذا تم الشهر الاول لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة وكذا صح الاجارة في كل شهر ان يسكن ساعة في اوله ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر الداخل لانه يتم العقد بتراضيهما بالسكنى في اول الشهر الثاني كما ان البيع يثبت بتراضيهما في التعاطي وهذا عند بعض المتاخرين فانه حين يهل الهلال كان لكل واحد منهما حق الفسخ فاذا مضى ادنى زمان لزم العقد وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما حق الفسخ في الليلة الاولى من الشهر الداخل مع يومها لان في راس ذلك الشهر وفي اعتبار روية الهلال حرج وان سمى باجارة الدار كل شهر اول المدة بان قال آجرتها من رمضان فذلك اي المسمى اول المدة والا اي وان لم يسم اول المدة بان قال اجرت كل شهر بكذا فوقت العقد اي اول المدة وقت العقد فان كان وقت العقد حين يهل الهلال اعتبر الاهلة في الشهور كلها لان الاهلة اصل في الشهور والا اي وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل يكون في اثناء الشهر فالايام معتبرة في كل الشهور فيعتبر في كل شهر ثلاثون يوما عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد يعتبر الشهر الاول بالايام والباقي بالاهلة وهو رواية عن ابي يوسف ايضا فان اجر الدار مثلا في عاشر ذي الحجة يقع الاجارة عند ابي حنيفة على ثلثمائة وستين يوما ويتكرر عيد الاضحى في السنة التي جعلها المتعاقدان سنة اجارتهما كما اذا قال اجرت هذه الدار السنة التي هي ثلثمائة وستون يوما فانه يتكرر عيد الاضحى في سنة الاجارة ولا استنكار فيه وانما المستنكر تكرار عيد الاضحى في السنة الشرعية وعند محمد الشهر الاول بالايام وهو ثلاثون يوما فذو الحجة ان تم على ثلثين

[Margin notes:]

٥١ وانما لزم اجر المثل في الفساد بهما بالغا ما بلغ وان لم يزد على المسمى في الفساد بغيرهما لان المنافع لا تتقوم الا في نفسها عندنا وانما يتقوم بالعقد او شبهة فاذا لم يتقوم في نفسها وجب الرجوع الى ما تقومت به في العقد وسقط ما زاد عليها برضاهما باسقاطه واذا جهل المسمى وعدم التسمية انتفى الرجوع ووجب الموجب الاصلي وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت بكذا ينبغي ان يحرر هذا الكلام فان عبارات الفقهاء مضطربة في هذا المقام كذا قاله في شرح منح الغفار شرح تنوير الابصار ١٢

٥٢ لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه ١٢ هداية

٥٣ قوله فالايام معتبرة ونظيره العدة في شرح ابن ملك اي من حيث الاعتبار بالايام وان اذا كان الطلاق واقعا في الشهر فتعتبر العدة بالايام على الاتفاق ثم قال وعلى هذا الخلاف العدة والتعاقد ويحتمل وجها آخر قوله الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله قوله في وجه الروايتين العرف الى ابي حنيفة رحمه الله بين ابي يوسف ومحمد لا جرم في الفرق عن ابي حنيفة ... ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة ... فاذا اهل الهلال ... العقد عند ذلك ... العقد عند ذلك ... في حق ... الشهر ... نهاية

يوما فالسنة يتم على عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين يوما فالسنة يتم على
عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين يوما فالسنة يتم على الحادي عشر ذي الحجة عيد الاضحى
كما ذكرنا كالعدة للطلاق في حق المراة التي ليست من ذوات الحيض وصح اجارة الحمام واخذ
اجرته لتعارف الناس وما فيهما من الجهالة ساقط الاعتبار لمكان الضرورة والحجام لانها اجارة
على عمل معلوم باجر معلوم وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ فانه
عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجرته ولو كان حراما لم يعطه اياها لانه كما لا يحل اكل
الحرام لا يحل دفعه الى غيره وصح اجارة الظئر مدة معلومة باجر معين لان الحاجة ماسة
اليه الصغير لا يتربى الا بلبن الادمية والام قد تعجز من الارضاع لمرض او غيره فلا يحصل
المقصود الا باستئجار الظئر وصحت بطعامها وكسوتها عند ابي حنيفة وعندهما
وهو قول الشافعي لا يصح وهو القياس لان الاجرة مجهولة وله ان الجهالة انما تفسد
العقود لما انها تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي الى النزاع لان العادة بين الناس
التوسعة على الاظائر لا منفعة ذلك يرجع الى الاولاد وللزوج وطيها بحكم عقد النكاح لا في
بيت المستاجر لان البيت ملكه فله منع الزوج وله اي للزوج في نكاح ظاهر اي معروف بين الناس
فسخها اي فسخ الاجارة ان لم ياذن الزوج بها اي بالاجارة لان هذه الاجارة توجب خللا
في حق الزوج فيكون للزوج فسخ الاجارة ولا يكون للزوج فسخ الاجارة ان لم يكن النكاح معروفا
بل اقرت الظئر بنكاحه لان عقد الاجارة لزمها واقرارها بالنكاح غير مقبول في حق من استاجرها
ولاهل الصبي فسخها اي فسخ الاجارة ان مرضت الظئر او حملت لان لبن المريضة والحامل يضر
بالصبي وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه كالمضغ ودهنه لان العادة ان الظئر
تتولى ذلك وعلى ابيه الاجر اي اجر الظئر وثمنها اي الطعام والثياب والدهن فان ارضعته في المدة
بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة فلا اجر لها لان الاجارة وقعت على الارضاع
وليس هذا ارضاعا ولم تصح الاجارة للعبادات كالاذان والامامة وتعليم القران

والفقه والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار على ذلك باطل وعند الشافعي
كل ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستيجار عليه صحيح ويفتى اليوم بصحتها لان المتعذر في ذلك الزمان الرغبة
في التعليم حسبة لله ومروة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان ففي الامتناع
عنه تضييع هذه الامور ولهذا قال مشائخنا يجبر الاب على دفع الاجر الى الاستاذ وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وهو
بفتح الحاء المعجمة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض السور سميت بذلك لان العادة اهداء الحلاوي ولا تصح
الاجارة للمعاصي كالغناء والنوح وسائر المناهي كالمزمار والطبل لان الاستيجار على المعصية باطل ولا
يصح لعسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد
اخذ الاجرة ولا تصح اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة وزفر فيما يقسم وفيما لا يقسم وعند ابي يوسف
ومحمد والشافعي رح يجوز صورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يوجر
نصف عبده او نصف دابته وذكر في المغني ان الفتوى في اجارة المشاع على قول ابي يوسف
ومحمد رح ولا يصح اجارة الرحى ليطحن ببعض دقيقه مثل قفيز منه وهذا يسمى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا او ثورا
او رحى ليطحن حنطة هذه ببعض دقيق منها لان المسمى غير مقدور التسليم فان
المستاجر عاجز عن تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل حصوله
ونحوه مثل ما اذا دفع الى حائك غزلا لينسجه له بالنصف او الثلث او استاجر رجلا
ليحمل له طعاما بقفيز منه او استاجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فهذه الصور
في معنى قفيز الطحان ولا يصح الجمع بين الوقت والعمل مثل ان يستاجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة الامناء اليوم بدرهم او ليخيط له ثوبه اليوم بدرهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للتعجيل ولو لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد
ولو فرغ في نصف النهار فله الاجر كاملا وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل
على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت العمل فيجب العمل بتسليم النفس

وان لم يعمل كما في اجير الرجل الواحد وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل فلا يجب الاجر الا بالعمل وجهالة المعقود عليه يفضي الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول منافعك لي في بقية اليوم حقي باعتبار تسمية الوقت وان استعملك اذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن ابي حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف وهو لا يقتضي استيعاب المظروف

فصل الاجير المشترك من ان يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله فالمعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين فلا يحتاج الى ذكر المدة ويستحق الاجر بالعمل وله ان يعمل للعامة ولذا سمي مشتركا كالقصار ونحوه كالصباغ والاسكاف والملاح وفي المتاع عنده ولا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالغرق والحرق والغارة الغالبة المكابرة وقالا ان هلك بامر يمكن التحرز عنه يضمن وان شرط عليه الضمان وبه يفتي وهو قول الفقيه ابو الليث وقيل يضمن اذا شرط الضمان عليه لان الاجر في مقابلة العمل والحفظ معا وصار كالوديعة التي يكون وفي الاسرار ان المتاخرين اختاروا الفتوى بالصلح على نصف القيمة بل يضمن ما تلف بعمله كتخريق الثوب بدقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه ماذون في العمل ولنا انه ماذون في العمل المصلح لا الذي يثبت بالعقد والعقد على العمل المصلح الا انه لا يضمن الادمي ممن غرق بسبب السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه او قوده لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة ان لم يتجاوز العمل المعتاد فاذا تقرر وتجاوز المعتاد يضمن دية الادمي والاجير الخاص من يكون عقده واردا على منافعه ولا يصير المنافع معلومة الا بذكر المدة او المسافة ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته اي مدة الاجارة مع تمكنه من العمل وان لم يعمل اما اذا امتنع من العمل لم يستحق الاجر كالاجير المستاجر لرعي الغنم او الخدمة شهرا وقد يسمى اجير واحد لانه لا يمكنه ان يعمل في تلك المدة لغيره ولهذا اذا استاجر على غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري فح يكون اجير واحد

عناية: المفضية الى المنازعة ١٢ باختياره وترتفع الجهالة منهما معلوم فتعين احدهما مختلفان بدلين وكل في الحال وكل انما الجهالة المعقود عليه

وان ذكر المدة اولا بان استاجر شهرا ليرعى غنمه بدرهم فهو اجير واحد الا ان يقول ترعى غنم غيري
ولا يضمن الاجير الخاص ما هلك في يده بان سرق او غصب منه لان العين في يده امانة بالاجماع او هلك بعمله
بان انكسر القدوم في عمله او خرق الثوب من دقه لانه لما سلم نفسه صار عمله كعمل رب المال فكانه
فعل بنفسه فلا يضمن وهذا اذا لم يتعمد الفساد واما اذا تعمد الفساد يضمن بالتعدي وان ردد المستاجر
الاجير ترديد العمل بان قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطت روميا فبدرهمان
وقال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين صح جاز الشرطان ويجب اجر ما عمل
وعند زفر والشافعي لم يجز الشرطان ولكن يجوز اذا ردد بين ثلاثة اشياء وان ردد بين اربعة اشياء لم يجز
والاصل في ذلك جميع البيع والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار وفي
الاجارة لم يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بعمل فاذا شرع في احد العملين ارتفعت الجهالة وفي
البيع ليستحق الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة المفضية الى المنازعة على وجه لا يرتفع
الا باثبات الخيار وان ردد المستاجر في عمله اي في عمل الموجر اليوم او غدا بان قال للخياط
ان خطت اليوم فبدرهم وان خطت غدا فبنصف درهم صح الشرط الاول وفسد الثاني
فله اي الموجر ما سمي ان عمل اليوم فلو خاط اليوم فله درهم وله اجر مثله ان عمل غدا
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال الشافعي وزفر الشرطان
فاسدان لانه اجتمع في اليوم والغد تسميتان فيفسد العقد كما لو قال ان خطت اليوم
فبدرهم ونصف درهم ولكن الغد اما في اليوم فلان المضاف الى العقد ثابت في اليوم لان ذكر
الغد للتوقيت لا للتعليق واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق في الغد لان ذكر اليوم
للتعجيل لا للتوقيت ولهما ان الثابت في كل واحد من الوقتين تسمية واحدة فيجوز العقدان
ولابي حنيفة ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلا يكون الاجر مجهولا
في اليوم والعقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر
مجهولا ولا يجاوز اجر المثل المسمى اي اجر المثل ان كان زائدا على نصف الدرهم لا يجب الزيادة لانه

فان خاط فارسيا فدرهم لوجوب الاجر بالعمل وكذلك الحكم في الصبغ بزعفران والعصفر والورس وكذا في السكنى في هذه وهذه وفي المسافة الى سمرقند وبخارا وخراسان ولم يجز الزيادة على الثلثة كالبيع فالاطلاق لا يخلو عن شيء ١٢ قهستاني

كما اذا قال ان خاطه اليوم فله درهم وان غدا فنصف درهم

كما اذا قال ان خاطه اليوم فله درهم وان غدا فنصف درهم قهستاني

اي نصف درهم وان كان الاجر اكثر منه وفي الجامع لا يجاوز درهما والاول اشبه ولا ينقص عن نصف درهم لان الاجارة فاسدة والصحيح المسمى في الغد نصف درهم ...

هو المسمى في الغد ولا يسافر بعبد استاجر للخدمة الا بشرط ذلك لان خدمة السفر اشق من خدمة
الحضر **فصل** تفسخ الاجارة بعيب اخل بالنفع لان المعقود عليه في الاجارة المنافع فصار
كما اذا وجد العيب في المبيع كدبر الدابة ومرض العبد ولا تنفسخ الاجارة ولكن للمستاجر حق الفسخ
فلو انتفع المستاجر بالمعيب او زال العيب سقط خياره اى خيار المستاجر وتفسخ الاجارة
بخيار الشرط كمن استاجر دارا على انه بالخيار ثلثة ايام فشرط الخيار يصح له حق الفسخ و
يعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي رح لا يصح شرط الخيار في الاجارة
وبخيار الروية وتفسخ بالعذر عندنا خلافا للشافعي وهو اى العذر لزوم ضرر لم يستحق بالعقد
كسكون وجع ضرس استوجر بقلعه فانه لو لم يفسخ العقد يقلع السن الصحيح وفيه ضرر ولحوق دين
بعيان او ببيان من الموجر او اقرار لا يقضى ذلك الدين الا بثمن ما اجر فان من اجر دكانا ثم افلس ولزمه
دين ولا مال له سواه فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في ابقاء العقد ضررا بالعاقد وهو الحبس في الدين
وسفر مستاجر عبد للخدمة مطلقا فان الاستيجار للخدمة مطلقا مقيد بالخدمة في الحضر عرفا
او في المصر فان قال مالك العبد لا تسافر به فللمستاجر ان يفسخ الاجارة وان اراد المستاجر
ان يخرج العبد فللمالك الفسخ اما ان رضى المالك بخروج العبد فليس للمستاجر حق الفسخ و
افلاس مستاجر دكان في السوق ليتجر فيه فهذا عذر وله ان تفسخ لانه استاجر للانتفاع
به فهو يتضرر بابقاء العقد بعد ما افلس وافلاس خياط استاجر عبدا ليخيط معه فترك عمله
لانه عجز عن المضى على العقد بالافلاس فان قيل الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض
ولا يعجز عن اكتسابهما فكيف يتحقق افلاسه قلنا تاويل المسألة في خياط يعمل لنفسه في
ثياب نفسه ثم يبيع الثياب كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذى يعمل للناس على هذا
الخياط قد يعجز عن العمل بان يظهر خيانته عند الناس فيخافون عن معاملته وتسليم العمل
اليه وبداء مكترى الدابة اى من استاجر دابة ليسافر ثم ندم واراد ان يعود من سفره فهو عذر
في فسخ الاجارة لان العقد من طرفه تابع لمصلحة السفر وقد يتعذر عليه السفر بهلاك اسبابه

اوبفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج اوطلب الغريم فذهب وقته اوحضر غريمه اوحصلت تلك التجارة بخلاف بدا المكاري فان العقد في طرفه ليس بتابع لمصلحة السفر لانه يمكن ايفاء المعقود عليه من غير سفر بان يبعث غلامًا اوتلميذه مع دوابه وبخلاف ترك خياطة مستاجر عبد ليخيط وانما تركه ليعمل في الصرف فانه ليس بعذر لانه يمكن ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل الصرف في ناحية اخرى من الدكان اما لو استاجر دكانا ليبيع فيه الطعام فبدا له ان يقعد في السوق لصيارفة فهو عذر لان التجارة الاولى ربما يلحقه فيها خسران والعمل بالامرين بنفسه متعذر فيجعل عذرا وفي مسئلتنا العمل بالامرين ممكن لان العامل شخصا لا هو بخلاف و بيع ما اجره من اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزم الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد وتنفسخ الاجارة بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي رح لا تنفسخ بموتهما ولا بموت احدهما فان عقدها لغيره فلا تنفسخ لبقاء من انعقد له كالوكيل والاب والوصي ومتولي الوقف فان عقد الاجارة منتقل الى الغير فبموت هؤلاء لا ينفسخ الاجارة واما اذا مات احد المستاجرين او احد الموجرين ينفسخ الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رح تنفسخ في نصيب الحي ايضا لانه اجارة المشاع ولو كان الشيوع مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فاذا طرا عليه الشيوع افسده ولنا ان شرط صحة العقد يشترط عند حدوث العقد لا عند بقائه ولو قال المالك لغاصب داره فرغها لي والا فاجرتها كل شهر بكذا درهما فسكت الغاصب ولم يفرغ اي الدار فسكوت الغاصب رضا بالاجارة ويجب عليه المسمى لان المالك اذا عين الاجرة والغاصب سكت ورضي انعقد بينهما اجارة شرعا اما اذا جحد الغاصب ملكه لا يجب شيء وان اقام المالك البينة بعد جحود الغاصب انه ملكه لانه اذا جحد ملكه لم يكن راضيا بالاجارة وكذا لا يجب شيء ان اقر الغاصب بملك المالك لكن قال لا اريد بهذه الاجرة وصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة والمضاربة وتفويض القضاء والامارة والايصاء اي جعل الغير وصيا والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة فلا يصح

فلا يصح اضافتها الى الزمان المستقبل اربعة عشر كما في المحرم اجرت هذه الدار من غرة رمضان الى سنة بكذا فيكون مبتدأ الاجارة الوقت المستقبل لا البيع والاجارة بان باع الفضولي عبد رجل فقال المالك اذا جاء غد فقد اجزت البيع وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال ثم ما صح العهد فيصح اضافته وابراء الدين فما لا يصح اضافته الى الزمان عشرة

كتاب العارية

اصلها عورية فعلية منسوبة الى العار وهو اسم من الاعارة واخذها من العار اى العيب خطأ يقال استعرت منه الشيء فاعارنيه واستعرته اياه على حذف الجار كذا في المغرب وقيل هو مشتقة من التعاور وهو التناوب كانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء وهي شرعا تمليك نفع بلا عوض وقال الشافعي والكرخي هي اباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة وثمرة الاختلاف تظهر في اعارة المستعير وعندهما لا يجوز لانها اباحة وعندنا يجوز لانها تمليك فتمليك المنفعة بلا عوض عارية وبعوض اجارة وتمليك العين بلا عوض هبة ومع عوض بيع وتصح العارية باعرتك فانه صريح فيها ومنحتك هذا الثوب لان المنح في الاصل ان يعطي الرجل للرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها فيحمل على العارية نظرا الى الاصل واطعمتك ارضي فان الاطعام اذا نسب الى الارض يراد به اكل غلتها وحملتك دابتي فان الحمل هو الاركاب ويراد به العارية عرفا واخدمتك عبدي فانه اذن في استخدام عبده وداري لك سكنى فداري مبتدأ ولك خبره وسكنى تميز اى سكنى داري لك فيكون عارية وداري لك عمري سكنى فعمري مفعول مطلق بفعل محذوف تقديره اعمرتها لك والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تميزه اى سكنى داري لك فيكون عارية ويرجع المعير في العارية متى شاء لقوله عليه السلام العارية مردودة ولا يضمن المستعير العارية بلا تعد ان هلكت سواء هلكت من استعماله او لا من استعماله وقال الشافعي رح ان هلكت من استعماله المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع لا يضمن ولا تؤجر العارية لانه غير لازم في الاسلام والاجارة لازمة فان اجرها المستعير فعطبت ضمنه المستعير للمعير ولا يرجع المستعير فيما ضمنه المعير على احد لانه ظهر بعد الضمان انه اجر ملك نفسه وعطبت فلا

يرجع على المستاجر وضمن المغير المستاجر لانه قبض قال الغير بنفسه بغير اذنه ويرجع المستاجر على موجره اذا
لم يعلم المستاجر انه كان عارية فى يد الموجر دفعا للضرر عن نفسه وان علم بكونها عارية فى يد الموجر لم يرجع
عليه لانه لم يجنا الغرور ويعار ما اختلف استعماله كما اذا اعار ثوبا للبس او دابة للركوب فان الناس يتفاوتون
فى اللبس والركوب فلبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس الصراف والبزاز وركوب العسكرى لا يكون
كركوب السوقى او لا يختلف استعماله كما اذا اعار دابة للحمل ففى هذين الوجهين المستعير
ان يعيره ان لم يعين المعير منتفعا به ويعار ما لا يختلف استعماله وان عين منتفعا به
فالصور الاربعة احدها ما اختلف استعماله ولم يعين ما ينتفع به والثانى ما لا يختلف استعماله ولم
يعين والثالث ما لا يختلف استعماله وعين ففى هذه الصور يجوز للمستعير ان يعير العارية لغير والرابع
ما اختلف استعماله وعين من ينتفع به ففى هذه الصورة لا يجوز للمستعير ان يعير العارية من غيره
وكذا اى مثل اعارة المعار اعارة الموجر فاذا استاجر شيئا ففى ثلث صور من الصور المذكورة يجوز
للمستاجر ان يعيره وفى الصورة الواحدة لا يجوز كما ذكرنا فى العارية وقال الشافعى ليس للمستعير
ان يعير وهو بناء على ما مر ان الاعارة اباحة المنافع عنده والمباح له الطعام لا يقدر ان
يبيح لغيره وعندنا الاعارة تمليك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير فالمستعير لما
ملك المنافع كان له ان يملكها غيره فمن استعار دابة مطلقا لم يسم شيئا او استاجرها
مطلقا له ان يحمل ويعير له اى غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره
وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله الخيار ايا من الركوب والاركاب فعل المستعير
او المستاجر تعين ويضمن بغيره اى لغير المعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره
ولو اركب وهلك ضمن ولو ركب غيره ليس له ان يركب بنفسه حتى لو فعل ذلك وهلك ضمن لان
تعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك يضمن بالخلاف فكذا ههنا وذكر فى الذخيرة انما يعير لغيره
اذا لم يركب بنفسه اما اذا ركب فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعيره وهو اختيار فخر الاسلام البزدوى
ولو اعار وقال بعضهم له ان يعير واذا اعار لا يضمن وقال شمس الائمة وشيخ الاسلام كذا فى الابتداء لو ركب غيره ثم

اراد ان یرکب بنفسه ففیه اختلاف المشائخ علی ما ذکرنا وان اطلق المعیر الانتفاع فی حق الوقت والنوع انتفع المعیر ما شاء ای نفع شیئا ای وقت شاء عملا باطلاق اللفظ وان قید فی الوقت والنوع فلیس للمستعیر ان یعدو ذلک عملا بالتقیید وضمن بالخلاف الی شر کما اذا اعار دابة وقید ان یحمل الحنطة فحمل الحدید فقط ای لا یضمن بالخلاف الی مثل او خیر فالکلام فی الانتفاع بالمستعار احدها ان تکون العاریة مطلقة فی حق الوقت والانتفاع فللمستعیر ان ینتفع به ای نوع شاء وخیر ای وقت شاء وثانیهما ان یکون مقیدة فیهما بان قید بیوم ونص علی منفعة فلیس له ان یعدو ذلک الا ان یکون خلافا الی خیر ومثل وثالثها ان یکون مقیدة فی حق الوقت ومطلقة فی حق الانتفاع والرابع عکسه وفی هذین الوجهین یجری ما اطلق علی اطلاقه وما قید علی تقییده وکذا ای مثل تقیید العاریة تقیید الاجارة بنوع او قدر انه اذا وافق المستاجر او خالف الی مثل او خیر لا یضمن وان خالف الی شر یضمن وردها ای رد الدابة المستعار الی اصطبل مالکها تسلیم فلو هلک بعد ذلک لم یضمن لانه رد العاریة الی المربط وهو فی ید المالک فکانه رده الی المالک فهذا استحسان والقیاس ان یضمن لانه لم یردها الی مالکها او ردها مع عبده ای عبد المستعیر او اجیره مسانهة او مشاهرة تسلیم لان للمستعیر ان یردها بید من فی عیاله بخلاف الاجیر میاومة او ردها مع اجیر ربها ای مالکها فانه تسلیم او مع عبده ای عبد رب الدابة سواء کان العبد یقوم علی دابته او لا یقوم تسلیم خبر لقوله وردها وقیل الرد مع العبد الذی یقوم علی الدواب تسلیم دون غیره والاول هو الصحیح ولو ردها مع اجنبی فهلک ضمن کرد مستعار غیر نفیس الی دار مالکه فان مجرد هذا تسلیم اما ان کان المستعار نفیسا کعقد لؤلؤ فلا بد من رده الی مالکه ولو رد الی دار المالک فهلک یضمن بخلاف رد الودیعة والمغصوب الی دار مالکهما لان الودیعة والمغصوب یرد الی المالک عرفا والعاریة ترد الی دار المالک عرفا وعاریة التقدیرین والمکیل والموزون والمعدود المتقارب قرض لان العاریة للانتفاع ولا یتاتی الانتفاع بهذه الاشیاء الا باستهلاک عینها فاقتضت تملیک عینها وذا

غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد الجحود لم يبرأ عن الضمان وان جحدها عند غير صاحبها لا
يضمن لانه من باب الحفظ وعن زفر يضمن او خلط المودع باله حتى لا يتميز كخلط اللبن باللبن ضمن
واعلم ان الخلط على اربعة وجه خلط بطريق المجاورة مع تيسر التميز كخلط الدراهم البيض بالسود
والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا يجب الضمان بالاجماع لتمكن المالك من الوصول الى عين حقه
بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التميز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويجب الضمان
لان المتعسر كالمتعذر وقيل لا ينقطع عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير
المخلوط ملك الخالط عند ابي حنيفة وفي الاستحسان ان لا يصير ملك الخالط وخلط الجنس بخلاف الجنس
ممازجة كخلط دهن اللوز بالزيت وكل مائع خلط بغير جنسه فانه يوجب الضمان ويوجب انقطاع حق
المالك بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة ومجاورة كخلط دهن اللوز بجنسه او لبن بجنسه او الحنطة
بجنسها والدراهم البيض والدنانير بجنسه فعند ابي حنيفة هو استهلاك لا سبيل لصاحبه
الا بتضمين المودع وصار المخلوط ملكا له وعندهما للمالك الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله
وان شاء يترك في المخلوط او تعدى المودع في الوديعة فلبس ثوبها او ركبها او حفظ الوديعة
في دار امر المودع به اي بالحفظ في غيرها اي في غير هذا الدار ضمن لان الدارين يختلفان
في الحرز والامن فصح الشرط او جحدها اي جحد المودع الوديعة عند الموت ضمنه لانه
يصير غاصبا وقوله ضمن جزاء لقوله فان حبسها وان ازال المودع التعدي بان ترك اللبس او
الركوب او ردها اي رد الوديعة الى دار امر المودع بالحفظ فيها زال ضمانه فلو هلك بعد ذلك
لا يضمن وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان وان اختلطت الوديعة بمال المودع بلا فعله
كما اذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه لا يضمن لعدم الصنع الموجب
للضمان اشتركا وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقي بينهما
على قدر ما كان لكل واحد منهما وان اودع رجلان عند رجل فحضر احدهما وطلب نصيبه لا
(اي نصيبه مما اودعه الاخر)
يدفع المودع الى احد المودعين قسطه بغيبة الاخر عند ابي حنيفة ولو دفع ضمن نصيبه وقالا

لا يدفع اليه قسطه فمن المشائخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيل والموزون وما عداهما من الثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع ولو اودع رجل عند رجلين يجوز لاحد المودعين دفعها اي دفع الوديعة الى المودع الآخر فيما لا يصلح ان يقسم بان لا يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك رضي بذلك حيث يعلم انهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل والنهار وله اي لاحد المودعين دفع نصفها فيما يصلح ان يقسم بان يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك يرضى بذلك حيث يعلم تعذر اجتماعهما على الحفظ وقالا لاحدهما ان يحفظ الكل باذن الآخر فيما يقسم ايضا واذا دفع الكل الى الآخر فيما يقسم ضمن دافع الكل لا قابضه اي قابض الكل لانه مودع المودع وهو لا يضمن عنده ولا اعتبار للنهي عن الدفع الى من لا بد من حفظه اي اذا اودع وديعة وقيل له لا تدفع لامرأتك او عبدك او ولدك او اجيرك وهم في عياله ودفع الى من نهاه عنه فهلك فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له اهل وخدم سواه فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من الدفع اليه فلا اعتبار للنهي وهذا كمن اودع دابته وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة تحفظ بايدي النساء والرجل لا يجد بدا منها ولا اعتبار ايضا للنهي عن الحفظ في بيت من دار حتى لو حفظها فيه لا في بيت آخر من الدار لا يضمن لان البيتين من دار واحدة قلما يختلفان في الحرز فلا فائدة في التعيين الا ان يكون له اي للبيت الذي نهى عن الحفظ فيه خلل ظاهر فح صح الشرط فالتعيين ويضمن بالمخالفة ولو اودع رجل وديعة فاودع المودع الى آخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول لا الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ايهما شاء فان ضمن الثاني رجع على الاول لانه متعد بالتسليم بعد الاذن من المالك والثاني متعد بالقبض بغير اذن المالك فله ان يضمن ايهما شاء وله ان المال وصل الى الثاني من يد امين فلا يضمن وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع ما لم يفارقه لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه فاذا فارق الاول من الثاني فانما يضمنه الاول بترك الحفظ حين فارقه والثاني فما ترك الحفظ بل هو امين فصار هذا في حقه كثوب هبت به

ح ما سعة او لو ... من ... الانعام من ... بانفسهما ... الاسلام ...
فهستاني
...
ع لانه لا لا اودع عند ... ان لا يمكنهما الاجتماع على حفظها بالنهار ... كان واحد فقد رضي بالنهار ... القسمة وما ذكره ... فيه
ح
المعتبر ...
نقل ... صاحب ...
ع لم يضمن الخصاف وانما خص النهي بالذكر مع ان الامر كذلك لانه قد اشار اليه في السابق كما ذكرنا ۱۲ قهستاني
ع من الغاصب والمودع لا يرجع على الغاصب والمودع وانما يعلم انه غصبه كما في الظهيرية ولفظ الغاصب مناسب في هذا المقام لبيان حكم الغصب الضمان يدل على الفراغ مما تقدم في الحفظ فيصح ان يكون من قبيل حسن الختم والله اعلم بالصواب ۱۲ قهستاني

الربح فالقته فى حجرة فلو اهلكت من غير صنيعه لم يضمن ولو اودع الغاصب المغصوب عند رجل
وهلك فى يد مودعه ضمن الغاصب منه اى لشاء من الغاصب ومودعه **كتاب الغصب**
وهو فى اللغة اخذ الشئ ظلما وقهرا مالا كان او غيره يقال غصب زوجة فلان وولده وسمى المغصوب
غصبا تسمية المفعول بالمصدر وفى الشريعة اخذ مال احتراز عن الحر والميتة والدم فانها
ليست بمال عرفا وشرعا متقوم احتراز عن الخمر والخنزير حيث لا تقوم لهما شرعا محترم احتراز
عن مال الحربى علنا اى ظاهرا لا على وجه الخفية احتراز عن السرقة بلا اذن مالكه احتراز
عن مال الوديعة يزيل ذلك الاخذ يده اى يد المالك احتراز عن العقار فان الغصب
عندنا ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وعند الشافعى رح ازالة يد المالك ليس بشرط
بل اثبات اليد المبطلة كاف وثمرة الاختلاف تظهر فى زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة
وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام ازالة اليد لان يد المالك ليست بثابتة
على هذه الزيادة فلا غصب فى العقار لان الغصب انما يتحقق فيما ينقل ويحول لا فى العقار لان
ازالة اليد لا يتحقق فيه حتى لو اخذ عقارا فهلك فى يده بان غلب السيل على الارض فبقيت
تحت الماء او اخذ دارا فانهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء لا يضمن عند ابى حنيفة
وابى يوسف رح وقال محمد والشافعى رح وهو قول ابى يوسف اولا يضمن لانه اثبت يده عليه على وجه يتضمن تفويت
يد المالك فيكون سببا للضمان كما فى المنقول ولنا ان الغصب لا يتصور فى العقار كما ذكرنا فلا يجب الضمان وهذا
لان ازالة اليد عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذلك لا يتصور فى العقار وانما يتصور
منع المالك عنه وضع المالك تصرف فى المالك فصار كما لو ابعد المالك عن المواشى فان ذلك
لا يكون غصبا حتى لو جلس المالك حتى ذهب مواشيه لا يضمن وما نقص من المغصوب
بفعله اى بفعل الغاصب يضمنه بالاتفاق وذلك بان هدم بيتا او انهدم بسكناه
وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهن جدار الدار اما اذا سكن فى الدار وانهدمت
لا بسبب سكناه وعمله فلا ضمان عليه واستخدام العبد غصب لانه بالاستخدام اثبت عليه يد التصرف

وذلك يوجب زوال يد المالك عنه لا جلوسه على البساط لانه لم يوجد النقل والتحويل في البسط
فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده ثم حكمه الاثم لمن علم به
وان كان بدون العلم بان ظن بان المأخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه فلا اثم
عليه لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان ورد العين على المالك ان كان قائمة فالموجب
الاصلي وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح
حتى لو هلكت بعده لا يجب الضمان ورد الغرم ان كانت العين هالكة في يده بفعله او بفعل غيره ويجب
رد المثل في المثلي ففيه مراعاة حق المستحق صورة ومعنى فكان اعدل من القيمة التي فيها مراعاة المعنى فقط
وهو المالية كالمكيل والموزون والعددي المتقارب مثل الجوز واللوز والبيض وعند زفر العددي
المتقارب يجب القيمة فان انقطع المثل عن ايدي الناس فقيمته اي فتجب قيمة المثلي يوم
يختصمان عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع
لان الغصب اوجب المثل خلفا ويصير الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع فيعتبر
قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له في وجوب القيمة فيعتبر
قيمته يوم الغصب ولابي حنيفة ان القيمة لا يكون مشروعا مع وجود احتمال المثل لانه خلف عنه
ولا ينقطع احتمال المثل بالانقطاع بل بالخصومة والقضاء ولهذا لو صبر الى مجيء اوانه كان له
مطالبة المثل ويعرف القيمة برأي ذوي البصيرة لانهم يعرفونها وان كان المثل معدوما و
منقطعا عن ايدي الناس ويجب في غير المثلي قيمته لانها المثل معنى يوم الغصب وقال مالك
يجب في مثله صورة من ذلك الجنس كالعددي المتفاوت مثل الثياب والدواب فان ادعى
الغاصب الهلاك حبس مدة حتى يعلم انه لو بقي لظهر لان الحق متعلق بالعين والناس اغراض
في الاعيان فلا يقبل قوله في الهلاك حتى يحصل عليه غلبة الظن بالحبس وهذه الحبس مفوض
الى رأي القاضي ثم اذا لم يظهر بعد مضي المدة قضي عليه بالبدل وهذه المسئلة تدل
على ان الاصل رد العين والقول فيه اي في بدل الغصب وهو القيمة للغاصب مع حلفه

لان المالك يدعى عليه الزيادة وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ان لم يقم المالك حجة على الزيادة وان اقام البينة على الزيادة تجب الزيادة فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمن وقد ضمن الغاصب بقوله مع حلفه اخذه اى المغصوب المالك ان شاء ورد بدله لانه لم يتم رضاه بهذا القدر حيث ادعى الزيادة وانما لم ياخذ الزيادة لعدم البينة او امضى الزمان ان شاء واذا ظهر المغصوب وقيمته اكثر وضمن اى الغاصب لا بقوله بل بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضى بالمبادلة بهذا حيث ادعى الزيادة وان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما قضى الغاصب او دونه فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار فى ظاهر الرواية وهو الاصح ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ويرد البدل وقال الكرخى لا خيار له وان اجر الغاصب المغصوب او الامانة كالعارية والوديعة واخذ الاجرة او ربح بالتصرف فيهما اى فى المغصوب او الامانة كما اذا غصب او اودع الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلاث الاف وكذا اذا كان المغصوب والامانة غير الدراهم والدنانير كالعروض مثلا تصدق بالاجرة وجميع الربح عند ابى حنيفة ومحمد رح لانهما حصلا بسبب خبيث وهو التصرف فى مال الغير وعند ابى يوسف لا يتصدق وعند الشافعى لا يملك الربح الا ان يكون اى المغصوب والامانة دراهم او دنانير لم يشر اى لم يضف العقد اليهما بان قال اشتريت بالف درهم ونقد من الف الغصب او الامانة او قال اشتريت بهذه الالف والحال انه غصب وامانة ولكن نقد الف الغصب او الامانة او اشار واضاف العقد اليهما بان قال اشتريت بهذا الالف والحال انه غصب او امانة ولكن لم يعط هذا الالف الغصب او الامانة بل نقد غيرهما ففى هذه الصور لا يتصدق بالربح ويطيب وان غصب شيئا وغيره فزال اسمه واعظم منافعه زال ملك المغصوب منه عنه وضمن الغاصب ويملكه لكن بلا حل الانتفاع به

قبل اداء بدله اى المثل والقيمة كذبح شاة وطبخها احترز به عما اذا ذبح ولم يطبخ فانه فات اعظم المنافع وهو الدر والنسل ولكن لم يبدكر اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة وجعل صفرانا فلو ان المالك اخذ القيمة واراد اخذ اللحم المطبوخ اولا لم يكن له ذلك لان ملكه قد زال وهذا كله عندنا وعند الشافعي وهو رواية عن ابي يوسف لم ينقطع حق المالك بخلاف ما اذا غصب الحجرين اى الذهب والفضة وضربهما دراهم او دنانير او آنية فهما للمالك ولم يزل ملكه عنهما بلا شيء للغاصب عند ابي حنيفة وقالا يملكهما الغاصب وعليه مثلهما لتبدل الاسم والمقصود بالصنعة وله ان اسم العين لم يبدل لان اسم الذهب والفضة باق بعد الصنعة والمعنى الاصلي وهو الثمنية باق حتى يجري فيهما الربا ولو خرق ثوبا مغصوبا خرقا فاحشا وفوت بعض العين وبعض نفعه بان كان يصلح الثوب قبل الخرق للقباء وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء فصاحب الثوب بالخيار اما ان ضمن الغاصب وطرحه اى الثوب المالك عليه اى على الغاصب واخذ كل قيمته وكان الثوب للغاصب لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح لجميع ما كان صالحا قبله او اخذه اى الثوب وضمن الغاصب نقصها له لانه تعيب من وجه لكون الثوب قائما حقيقة وفي الخرق اليسير وهو وهو لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان ضمن الغاصب عينه ما نقص واخذ المالك ثوبا لان العين قائم من كل وجه ومن بنى في ارض غيره او غرس فيها امر بالقلع والرد وقيل له اقلع البناء والغرس وردها لان جعل ارض غيره مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعام وللمالك اى لمالك الارض ان يضمن له قيمة بناء او شجر امر بقلعه لان حقه في المقلوع ان نقصت الارض به اى بالقلع وان كان بلا رضاه لان البناء والغرس تبع الارض فمراعاة صاحب الارض اولى ومعرفة قيمته مأمورا بقلعه ان تقوم الارض مع البناء او الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا البناء او الشجر ففضل ما بينهما هو قيمة البناء والشجر المامور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع اكثر من قيمة المامور

عليه اولى لانه حكم ... لا بد ... (حاشية غير مقروءة بتمامها)

اى عن ان الخرق ... عيني

قهستاني

بقلعه لان مؤنة القلع صرفت الى المقلوع دون القائم فاذا زادت قيمة المقلوع بذلك فان كانت قيمة الارض مائة وقيمة البناء والشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم فبقي تسعة دراهم فالارض مع البناء والشجر يقوم بمائة وتسعة فيضمن المالك التسعة وان حمّر الثوب المغصوب او صفّره فالمالك بالخيار ان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وسلم الثوب للغاصب وقال الشافعي له ان يمسكه ويأمر الغاصب بازالة الصبغ عن ثوبه بالقدر الممكن ويضمنه نقصان الثوب ان نقص بذلك وان شاء اخذه وغرم ما زاد الصبغ في الثوب لان صاحب الاصل فله الخيار في تمليك الوصف وان سود الثوب ضمنه قيمة الثوب ابيض وسلم الثوب للغاصب او اخذه ولا شيء للغاصب عند ابي حنيفة لان السواد نقصان وعندهما التسويد زيادة كالتحمير قيل هذا اختلاف عصر وزمان وابو حنيفة اجاب على ما شاهد في زمانه من عادة بني امية فانهم كانوا يمتنعون من لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس الثياب السود وان غصب عبدا وباع او اعتق ثم ضمن المالك قيمته نفذ البيع لا العتق والفرق لان الملك للغاصب فيه ناقص لثبوته بعد اداء الضمان مستندا الى زمان الغصب والثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفي لجواز البيع لا العتق كملك المكاتب فانه يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه وزوائد الغصب سواء كانت متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والثمر والصوف واللبن امانة في يد الغاصب ولا يضمن ان هلك المذكورات من الزوائد لانها ليست بمغصوبة لان الغصب ازالة يد المالك ويده ما كانت ثابتة على الزوائد حتى يزيلها الغاصب وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة الا بالتعدي فيها بان اتلفها او ذبحها او اكل او باع وسلم او المنع من مالكها بعد الطلب حتى لو منع ولد المغصوبة بعد الطلب يضمن لتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع واذا اتلف خمر المسلم او خنزيره لا يضمن وهذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم او خنزيره واتلاف الذمي خمر المسلم او خنزيره واتلاف المسلم خمر الذمي او خنزيره واتلاف الذمي خمر الذمي او خنزيره ففي الاولين لا ضمان على المتلف بالاجماع وفي الآخرين على المتلف الضمان عندنا خلافا

للشافعي

احسن الاقوال ان الثوب المصبوغ فقال الله تعالى فلتحفظ عنه وعن ... بعده كما في الكرماني وغيره ١٢

والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ... العتق ...

في قوله لان صاحب الاصل ... ١٢

فصل

للشافعي رحمه الله فانه لا ضمان في جميع الصور وكذا منافع الغصب لا تضمن سواء استوفى المنافع كما اذا سكن الدار المغصوبة او استعمل العبد المغصوب او عطلها لا شيء عليه وعند الشافعي يضمن سواء عطلها او استعملها وقال مالك ان استعملها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه وفي فتاوى السراجي اذا سكن دارا معدة للغلة من غير استيجار يجب اجر المثل عليه الفتوى بخلاف ما اذا اراق السكر بفتحتين هو النيء من عصير الرطب اذا اشتد وهو في الاصل مصدر فانه يضمن ويجب قيمة السكر لا المثل لان المسلم ممنوع عن ان يتملك عينه لانه حرام والمنصف هو من ماء العنب اذا طبخ حتى يذهب نصفه وغلا واشتد وهو مضمون بالقيمة ايضا كما ذكرنا وبخلاف كسر المعزف وهو آلة اللهو كالطنبور والمزمار ونحوهما فيجب القيمة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن وقيل الفتوى على قولهما في عدم الضمان لكثرة الفساد فيما بين الناس لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها كالخمر فيما بين الناس فيجب ويضمن قيمته لكن لا للهو ففي الطنبور يضمن قيمة الخشب المنحوت وكذا في المزمار والامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي فانه يجب القيمة فيها غير صالحة لهذه الامور ومن حل قيد عبد الغير فابق العبد او فتح باب قفص طير فطار او باب اصطبل فخرجت الدابة وضلت لا يضمن لانه اعترض على الحل والفتح والاباق والايطار فعل فاعل مختار فلم يضف التلف الى الحل والفتح وقال محمد يضمن ومن سعى بغير حق مثل ان ياتي بكلام كذب ويكون ذلك سبب اخذ المال فتكلف به المال يضمن الساعي وهذا عند محمد وبه يفتى وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يضمن الساعي الا اذا كانت السعاية بحق بان يؤذيه ولا يمكنه دفع الاذى الا بسعاية او كان فاسقا لا يمتنع بامر المعروف ولا يضمن الساعي وقال مع حاكم يغرم البتة انه وجد ما لا نغرمه يضمن واما اذا كان الحاكم عادلا لا يغرم او قد يغرم وقد لا يغرم فلا يضمن

كتاب الرهن

هو في اللغة جعل شيء محبوسا اي شيء كان وباي سبب كان والتركيب دال على الثبات والدوام يقال رهنت الرجل الشيء ورهنته عنده

والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن والرهين والرهينة
الرهن وفي الشريعة حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه اي الحق من هذا المال كالدين فلا يصح
الرهن الا بدين واجب ظاهرا او باطنا ويمكن اخذ الدين من المرهون بان يباع المرهون بخلاف
العين كالامانات فان الرهن بها لا يصح لانه لا يمكن اخذها من المرهون فان الصورة مطلوبة
فيها فلا يمكن اخذ الصورة من المرهون وينعقد بايجاب مثل بان يقول رهنتك هذه الشيء
بالدين الذي لك علي وقبول وقيل الركن مجرد الايجاب والقبول شرط والظاهر ان القبول ايضا ركن لان من حلف
لا يرهن بدون القبول ولكن لا يلزم الرهن بالايجاب والقبول فللراهن ان يرجع عن العقد وان لا يسلم
الى المرتهن بل يلزم ان سلم الراهن الرهن وقبض المرتهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة
وقال بعض اصحابنا القبض شرط الجواز وقال مالك يلزم الرهن بالايجاب والقبول محوزا
اي مقسوما احتراز عن رهن المشاع فانه لا يصح عندنا مفرغا عن ملك الراهن اي غير
مشغول بحقه احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن بدون المتاع وعن رهن
الارض بدون النخل متميزا اي لم يكن الرهن متصلا بغيره كاتصال خلقة كما لو رهن
الثمر على الشجر دون الشجر فالتفريغ يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما ليس بمرهون حل فيه مجاورة
كالمتاع في البيت او خلقة كالثمر على الشجر والتمييز يتعلق بالحال في المحل فيجب انفصاله عما ليس
بمرهون من المحل الذي اتصل بها خلقة اما لو كان اتصاله بالمحل المجاورة كالمتاع في البيت
يصح رهنه ويلزم بالقبض والتخلية بين الرهن والمرتهن بان يضع الراهن في موضع
يتمكن المرتهن من اخذه تسليم في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان التسليم لا يثبت في المنقول
الا بالنقل والاصح كما ان التخلية تسليم في البيع لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية واذا قبض
المرتهن المرهون ضمن وقال الشافعي امانة ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه وبه قال مالك رح
بالاقل اي بالاقل من قيمته اي قيمة المرهون تارة ومن الدين اخرى فمن بيانية لا تفضيلية فلو
هلك وهما اي الدين والقيمة سواء سقط دينه وصار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت

قيمته

قيمته اكثر من دينه فالفضل امانة وبقدر الدين صار المرتهن مستوفيا لدينه وفي
اقل اي اذا كانت قيمة الرهن اقل من الدين سقط من دينه اي بقدر الرهن ورجع المرتهن
على الراهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط
دينه وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن
على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة ويحفظ الرهن كالوديعة اي للمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه واجيره مسانهة ومشاهرة لان عينه
امانة عنده والحفظ يكون بهؤلاء فيملك الدفع اليهم كما في الوديعة وان تعدى اي المرتهن في
الرهن ضمن جميع قيمته كالغصب لان الزيادة على قدر الدين امانة والامانة تضمن بالتعدي
ولا يصح فيهما اي في الوديعة والرهن رهن واجارة واعارة وايداع ولا يصح في الموجر الاول
اي الرهن ويصح الاجارة والاعارة والايداع ولا يصح في المعار الاولان اي الرهن والاجارة
ويصح الاعارة والايداع وقد نظم المصنف بالفارسية هذه المسائل شعر

موجر از رهن ميدار دور عاريت را موجر و مرهون مكن رهن و مودع قابل اين چار نيست
نيست كس را اندرين معنى سخن بشنو از صدر شريعة

ولا يبطل الرهن لو فعل المذكورات
من الرهن والاجارة والاعارة والايداع لان هذا تعدي المرتهن والرهن
لا يبطل بالتعدي لكن يضمن الرهن لو فعل المذكورات كما مر من قوله وان تعدى
ضمن كالغصب وجعل الخاتم في خنصره تعد فيكون ضامنا لانه مامور بالحفظ لا بالاستعمال
واليمنى واليسرى فيه سواء لان الناس يختلفون فيه تجملا وجعله في اصبع اخرى في
غير الخنصر حفظ وليس بتعد والاستعمال لان الخاتم لا يستعمل كذلك عادة واذا طلب
المرتهن دينه من الراهن امر المرتهن باحضار رهنه لان قبض الرهن استيفاء فلو امر بقضاء الدين
قبل احضار الرهن يحتمل ان يهلك الرهن فيصير المرتهن مستوفيا لدينه مرتين الا اذا وضع الرهن عند
عدل او لا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان الراهن لم يرض بيد المرتهن فلا يلزمه احضار ما ليس في يده وان المرتهن

عليه وعند الثاني تعلق الدين بالعين استيفاء من عينها بالكلي وجعلا اولى به وتقدمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها

الرهن فيسلم اولا كل دينه حتى يتعين حقه كما تعين حق الراهن لتحقق التسوية ثم يسلم رهنه
كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وكذا امر المرتهن باحضار رهنه ان طلب المرتهن
دينه في غير بلد وقع العقد فيه ان لم يكن للرهن مؤنة حمل لان الاماكن كمكان العقد فيما لا حمل له وان
كان له مؤنة باخذ المرتهن دينه ولا يكلف ولا يؤمر باحضار الرهن لان المرتهن عاجز عن
الاحضار والتسليم غير واجب عليه في بلد لم يجر العقد فيه ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك
الرهن ان طلب الراهن ذلك لان الرهن غائب فيحتمل هلكه وعلى اعتبار هلاكه لا يجب
قضاء الدين واذا حلف المرتهن قضى الدين ويجب عليه اى على المرتهن مؤنة
حفظه اى حفظ الرهن وذلك مثل اجر الحافظ واجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن
وهذا لان المرتهن في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به صيانة حقه عند التوى
بالجحود واجحاد الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وعن ابي يوسف ان كراء الماوى
على الراهن ويجب على الراهن مؤنة تبقيته مثل نفقة الرهن وكسوته واجرة ظئر
ولد الرهن وسقي بستان وتلقيح نخلة وجزازه والقيام بمصالحه وجعل العبد
الآبق على المرتهن اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كان قيمة الرهن اكثر
فجعل الآبق منقسم على الراهن والمرتهن فعلى المرتهن بقدر الدين المضمون وعلى الراهن
بقدر الامانة وكذا مداواة الجرح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية
منقسم على قدر المضمون من الرهن والامانة فما هو مضمون فعلى المرتهن وما هو
امانة فعلى الراهن والخراج على الراهن خاصة

فصل

لا يصح رهن مشاع
فيما يقسم وما لا يقسم سواء كان من الشريك او من الاجنبي وسواء كان الشيوع مقارنا
او طاريا بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن هو الصحيح وعن
ابي يوسف ان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء حكم الرهن وقال الشافعي يجوز رهن المشاع
ولا رهن ثمر على نخل دونه اى دون النخل ولا رهن زرع ارض او نخلها اى نخل

الارض دونها اى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان بمنزلة

المشاع وكذا لا يصح رهن الارض دون النخلة او دون الزرع او رهن النخل دون الثمر و

روى الحسن عن ابى حنيفة ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان اسم الشجر على

منابت الارض ولهذا يسمى بعد القطع جزء الاشجار فكان استثناء للمنبت فكان

رهنا لما سوى المنبت من الارض وكان جائزا ولا يصح رهن الحر وفروعه كالمكاتب

والمدبر وام الولد ولا بالامانات اى لا يصح الرهن بمقابلتها كالوديعة والعارية ومال

المضاربة ومال الشركة لان القبض فى باب الرهن قبض مضمون على القابض قدر

الدين وليس فى الامانات ضمان والمبيع فى يد البايع فان من باع شيئا ولم يسلمه

اى المشترى فرهن به شيئا لا يصح لانه اذا هلك المبيع ينفسخ المبيع ويسقط الثمن

والقصاص اى اذا وجب عليه القصاص فى النفس او دونها فرهن به شيئا لئلا يمنع من

القصاص لا يصح وان كانت الجناية خطأ صح الرهن لان الواجب هو الارش واستيفاؤه

ممكن من الرهن وصح الرهن بعين مضمونة عند الهلاك بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة

ان لم يكن مثليا كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح

الرهن بهذه الاشياء لانها مضمونة فان كانت قائمة وجب تسليمها وان كانت هالكة

وجب مثلها ان كان مثليا وقيمتها ان لم يكن لها مثل وصح الرهن بالدين ولو كان موعودا

وذلك بان رهن شيئا ليقرضه كذا درهما فهلك الرهن فى يد المرتهن عليه اى على المرتهن

بما وعد اقراضه اى اذا هلك الرهن فى يد المرتهن فللراهن على المرتهن المقدار الذى وعد

ان يقرضه وهذا اذا كان الدين الموعود متساويا بقيمة الرهن او اقل منه اما

ان كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة

الرهن ولم يذكر المصنف هذا القسم لان الظاهر ان الدين لا يكون اكثر من قيمة

الرهن وصح الرهن براس مال السلم وثمن الصرف وقال زفر لا يصح والمسلم فيه

ولزفيه روايتان فان هلاك الرهن برأس مال المسلم وثمن الصرف والمسلم فيه في المجلس قبل الافتراق فقد تم عقد الصرف والسلم واخذ به المرتهن حقه اي استوفى رب السلم المسلم فيه والبائع ثمن الصرف والمسلم اليه رأس مال السلم وهذا لان المجانسة بين الرهن والمسلم فيه وثمن الصرف ورأس مال السلم ثابتة في المالية فتحقق الاستيفاء من حيث المالية لان الاموال كلها جنس واحد فتحقق المجانسة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يصح الاستبدال في السلم فيه وثمن الصرف ورأس مال السلم في جميع الصور لان المجانسة من حيث المالية ثابتة في جميعا فلا يحرم الاستبدال مطلقا والحال انه لا يجوز الاستبدال في هذه الاشياء في غير صورة الرهن بالاتفاق قلنا المجانسة اعتبرت في صورة الرهن دون غيرها لان المرتهن عند هلاك الرهن يجعل مستوفيا عين حقه لا على وجه الاستبدال لان عين الرهن لا يكون مملوكا للمرتهن ولهذا قلنا لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير مستوفيا ماليته والاعيان في الرهن باعتبار صفة المالية جنس واحد وان افترقا اي المتعاقدان في الصرف والسلم عن المجلس قبل نقد بثمن الصرف ورأس مال السلم وقبل هلاك الرهن بطلا اي عقد الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض في المجلس حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يكون بهلاك فلا يثبت قبله ويتم الرهن بقبض عدل شرط وضعه عنده اي تفق الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح ويتم الرهن بقبضه وقال ابن ابي ليلى لا يصح لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو هلك الرهن في يده ثم استحقه رجل يرجع العدل على الراهن دون المرتهن ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن لان اليد في باب الرهن على الصورة يد امانة وعلى المعنى مضمونة فكان يده على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده يد مضمونة والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما ولا اخذ لاحدهما اي الراهن والمرتهن منه اي من العدل لتعلق حقهما جميعا به ولو دفع الى احدهما

حكم اخير ١٢

يعلم ان حكم الرهن بخلاف

نقايه

ن مستوف لحقه لان حكم ثمن الصرف والمسلم فيه وبرأس المال بالهلاك والنماء يرد بالعدم القبض حقيقة ولاحكما فان الراهن ايضا قابضا حكما ١١

غير ثمن ورأس ثمن المسلم الى اشتراط كون العدل عاقلا بالغا لانه القادر على القبض ١٢

جامع الرموز

وفيه اشعار بان قيمة الرهن مساوية لرأس المال وثمن الصرف

فان قال انما قال يتم ولم يقل يجوز لان الرهن ... الانعقاد ... الى انه لو لم يشترط

الوضع فوضع جاز ... الى العدل ... يجز ... عند لان العدل الى الى الذخيرة ١٢

نقايه

بضمنه وهلكه معه اى مع العدل هناك رهن لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمضمون المالية فان وكل الراهن العدل او غيره كالمرتهن مثلا ببيعه اذا حل دينه صح التوكيل فان شرط التوكيل فى صلب عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل ولم ينعزل الوكيل بالعزل لانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل ابطال حقه وكذا لا ينعزل اذا عزله المرتهن ولا ينعزل بموت احدهما سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما الا بموت الوكيل فانه اذا مات الوكيل انقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الموكل لم يرض براى غيره وعن ابى يوسف رح ان وصى الوكيل يملك بيعه وفى الذخيرة اذا مات العدل فى الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل بالبيع لم يجز الا ان يكون الراهن قال له فى اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شئ فيجوز لوصيه ان يبيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصى به الى ثالث فان حل الاجل وابى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه والراهن او وارثه غائب اجبر الوكيل على البيع وكيفية الاجبار ان يحبسه الحاكم اياما ليبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه كوكيل بالخصومة اى اذا كان بين الرجلين خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومته ليطلب المدعى وغاب موكله واباها اى الوكيل الخصومة فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على ان وكيله يخاصم فلا يكون للوكيل ان يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعى لان فيه ابطال حقه وان باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشترى فالثمن حينئذ رهن وان كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان مقبوضا فهلكه اى الثمن من مال المرتهن كهلكه اى كهلاك الرهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لكونه قائما مقام المبيع ثم المرهون لو هلك يسقط الدين كذا هنا وهذا اذا كان التوكيل مشروطا فى عقد الرهن فان كان بعد تمام العقد ذكر شمس الائمة السرخسى فى ظاهر الرواية لا يجبر العدل على البيع لان رضاء المرتهن قد تم بدونه وهو توكيل مستانف ليس فى ضمن عقد لازم وعن ابى يوسف ان التوكيل على البيع بعد الرهن يلحق باصل العقد فيصير كالمشروط فيه قال شيخ

وفيه اشعار بانه لو وكل بعد الرهن ومات الراهن او المرتهن او غيره بعض المشايخ واولم ينعزل عند غيرهم كما فى المضمرات ١٢

قهستانى

وفيه رمز الى انه لو وكل بعد الرهن لم يجبر الوكيل كما ذكره الكرخى والصحيح انه يجبر كما فى الذخيرة ١٢

قهستانى

الاسلام خواهر زاده وفخر الاسلام هذه الرواية اصح **فصــل** فى التصرف والخيانة فى الرهن وقف بيع الراهن اذا باع رهنه بغير اذن المرتهن لتعلق حقه ان اجاز مرتهنه او قضى دينه نفذ البيع وصار ثمنه رهنا وانتقل حقه فى الصحيح وعن ابى يوسف ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا وان لم يجز المرتهن وفسخ البيع لا ينفسخ فى الاصح من الروايتين لان التوقف انما كان صيانة لحق المرتهن فى الحبس ولا يبطل حقه بانعقاد هذا العقد موقوفا واذا بقى موقوفا صبر المشترى الى فك الرهن فيسلم له المبيع لان المانع على شرف الزوال او رفع الامر الى القاضى ان شاء ليفسخ القاضى البيع بحكم العجز عن التسليم فولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وفى رواية ابن سماعة عن محمد ينفسخ البيع بفسخ المرتهن وصح اعتاقه اى اعتاق الراهن سواء كان موسرا او معسرا وتدبيره واستيلاده رهنه وقال الشافعى رح لا ينفذ الاعتاق اذا كان معسرا فان فعلها اى الاعتاق والتدبير والاستيلاد حال كونه غنيا ففى دينه حالا اخذ الدين المرتهن من الراهن ولا يضمن قيمة الرهن لانه لا فائدة فى تضمين القيمة مع حلول الدين وفى الدين المؤجل اخذ قيمته اى قيمة الرهن وتكون رهنا مقام الرهن الاول دفعا للضرر عن المرتهن الى محل اجله فاذا حل الدين اخذ حقه ان كانت القيمة من جنس حقه ورد الفضل وان لم يكن القيمة من جنس حقه ورد القيمة ويظهر الفائدة فى هذه الصورة وان فعلها الراهن حال كونه فقيرا ففى صورة العتق سعى المعتق للمرتهن فى اقل من قيمته ومن الدين فان الراهن اذا اعتق وهو معسر فان كان الدين اقل من القيمة سعى المعتق فى الدين وان كانت القيمة اقل سعى فى القيمة لانه لما تعذر وصول المرتهن الى حقه من جهة المعتق وجب الرجوع الى من ينتفع بالعتق وهو المعتق والمعتق انما ينتفع بمقدار ماليته ورجع العبد بما سعى على سيده الراهن اذا صار غنيا لانه سعى فى دين سيده وقضاه والعبد مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه وفى صورة اختيه اى اختى العتق وهو التدبير والاستيلاد

سعى المدبر وام الولد للمرتهن في كل الدين لان كسبهما ملك السيد وقدرة الراهن على اداء
الدين بكسبهما ولهذا لا رجوع للمدبر وام الولد على السيد اذا صار غنيا واتلافه اي اتلاف الراهن
رهنه فهو كاعتاقه حال كونه غنيا ان كان دينا حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ
منه القيمة فيكون رهنا الى زمان حلول الاجل واجنبي اتلفه ضمنه مرتهنه فالمرتهن هو الخصم
في تضمينه فياخذ القيمة منه وكان الضمان رهنا معه وفي يده لانه احق بالمبدل فيكون
احق بالبدل ورهن اعاره مرتهنه راهنه ليخدمه او يعمل به عملا او اعاره احدهما باذن صاحبه
رجلا اخر اجنبي خرج من ضمان المرتهن وسقط ضمانه عنه لان الضمان عليه باعتبار قبضه
وقد زال ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه لان
عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال وليس من لوازم الرهن فولد المرهون مرهون وليس بمضمون
بالهلاك وان مات الراهن قبل رده اي رد الرهن الى المرتهن فالمرتهن احق من سائر غرمائه لان حكم الرهن
باق فيه لان العارية ليست بلازمة وهذا بخلاف ما اذا اجر الرهن او باعه او وهبه احدهما
من اجنبي باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد ولو مات الراهن
قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لان هذه التصرفات اوجبت حقا لازما
للغير في المرهون فبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم ومرتهن اذن باستعمال
رهنه اي اذن الراهن المرتهن ليستعمل يكون عارية حال العمل ان هلك قبل ان يأخذ
في عمله او هلك بعده اي بعد الفراغ من العمل ضمن المرتهن كالرهن لبقاء يد المرتهن
قبل العمل وارتفاع يد العارية بعده وان هلك حال عمله لا يضمن لان يد العارية غير
مضمونة واذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى يد الضمان وصح استعارة شيء من
الغير ليرهن فان اطلق ولم يقيد بشيء يجرى عليه ويرهن بما شاء من قليل او كثير وعند
من شاء وفي اي بلد شاء لان المعتبر اطلق فالتقييد زيادة عليه فلا يجوز او قيد بجنس
او قدر او انسان او بلد يجرى عليه لان التقييد مفيد للتعيين فان خالف المستعير

لانه عاد رهنا وفيه اشعار بانه لو استعمل بغير اذنه فهلك حال الاستعمال ضمن والضمان رهن كما في الذخيرة ولو اباح سكنى الدار للمرتهن فسكنها فخرب بعضها لم يسقط شيء من الدين لانه صار عارية ولو اباح له اكل ثمار البستان او لبن الشاة فلا باس به ان لم يكن مشروطا والا صار قرضا فيه منفعة فيكون ربوا كما في الجواهر ١٢ قهستاني

وهلاك الرهن ضمن تمام القيمة لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير وتم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه راهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن بما ضمن من القيمة على الراهن لانه مغرور من جهة الراهن ورجع بالدين لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر وهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن فقد دين اي ضمن الراهن للمعير قدر الدين اوفاه منه وسقط عنه بهلاك الرهن لانه صار قاضيا دينه بهذا القدر من مال المعير ولا يضمن تمام قيمته ان كان الدين اقل مثلا بان كان قيمة الرهن عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين وضمن المستعير الدين الذي اوفاه اي العشرة لا الخمسة وان كانت القيمة عشرة والدين خمسة عشرة فقد اخذ المرتهن كل دين فيضمن المستعير الدين الذي اوفاه والعشرة ولا الخمسة فان كانت القيمة عشر والدين خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين وهو عشرة وباقي الدين على الراهن ويضمن المستعير قدر ما اوفاه وهو عشرة ولا يمتنع المرتهن من تسليم الرهن الى المعير اذا قضى المعير دينه وفك رهنه لانه يسعى في تخليص ملكه ويرجع المعير على الراهن بما ادى الى المرتهن ولو هلك الشئ المعار للرهن مع الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن لانه لانه حفظ العين في الحالين باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن وبعد انفكاكه لم يصر قاضيا شيئا من دينه بالبتة والضمان انما يكون باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف وان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل رهنه او بعد ما فكه فالقول للراهن مع يمينه لان الضمان باعتبار استيفاء منه وهو منكر وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تعلق به حق المرتهن فيضمن الراهن ويكون الضمان رهنا عند المرتهن وجناية المرتهن

على الرهن مضمونة ايضا وتسقط الجناية من دينه بقدرها اى بقدر ضمان الجناية ان كان الضمان بصفة الدين بان كان الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط وجناية الرهن عليهما اى على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر غير معتبرة عند ابيحنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبر والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطا فى النفس او ما دونها واما جناية الرهن على الراهن فغير معتبر بالاتفاق لان جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص اما على المرتهن فغير مشكل واما على الراهن فلان المستحق بها دمه والمولى من دمه كاجنبى اخر ونماء الرهن كولده وثمره ولبنه وصوفه رهن حتى يستوفى الدين لكن النماء ليس بمضمون ويهلك فى يد المرتهن بلا شئ حتى لا يسقط شئ من الدين بهلاكه لانه لم يدخل تحت العقد مقصودا وقال الشافعى النماء ليس برهن وبه قال مالك وان هلك الاصل وبقى هو اى النماء فك النماء بقسطه بان يقسم الدين على قيمته اى قيمة النماء يوم الفك وانما يعتبر قيمته يوم الفك لانه انما يصار له حصة من الضمان بالفك فانه لو هلك قبل الفك هلك بغير شئ وقيمة الاصل يوم القبض لان الاصل دخل فى ضمانه يوم القبض ويسقط من الدين حصة الاصل كما اذا كان الدين عشرة وقيمة الاصل يوم القبض عشرة وقيمته يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الاصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فينفك النماء به وتبديل الرهن يصح مثل ان يرهن عبدا قيمته الف درهم بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده على الراهن والمرتهن فى الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الضمان فى الاول متعلق بالقبض والدين فيبقى القبض والدين فاذا لم يرد بقى الاول رهنا فى يده واذا بقى الاول رهنا لا يكون الثانى رهنا لان الراهن لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضى باحدهما فاذا رد الاول انتقض الرهن فيه وقام الثانى

مقام الاول والزيادة فيه اي في الرهن يصح بان رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة ثم زاد الراهن ثوبا اخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة قصدية فيقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض على قيمة الزيادة يوم قبضه لان حكم الرهن في الزيادة انما يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حيث يثبت حكم الرهن كما يعتبر ذلك في قيمة الاصل حتى لو كان قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين الفا يقسم اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين والزيادة في الدين لا اي اذا رهن عبدا بالف وقيمته الفان ثم حدث للمرتهن دين اخر بالشراء والاستقراض فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عند ابي حنيفة ومحمد بل يكون كل الرهن بمقابلة الرهن السابق وقال ابو يوسف يجوز الزيادة ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما ولو ابرأ المرتهن والراهن عن الدين او وهب له ولو هلك الرهن في يد المرتهن بعد الابراء او الهبة ولم يمنع المرتهن الرهن بعد طلب الراهن هلك بلا شيء ولا ضمان على المرتهن وهذا استحسان وقال زفر رح يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض قد تم مضمونا فيبقى الضمان ما بقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين معا لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء او الهبة لم يبق الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن على الراهن بعارية ونحوها سقط الضمان لعدم القبض مع بقاء الدين كذلك اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض اما اذا امتنع المرتهن بعد الابراء والهبة الرهن بعد طلب الراهن ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار بالمنع غاصبا لا بعد القبض اي لو قبض المرتهن دينه بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده هلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض الى من قبض منه وهو الراهن او المتطوع او بعد الصلح اي لو صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على شيء ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك

بالدين

بالدين وبطل الصلح ويجب عليه رد بدل الصلح او بعد الحوالة اى لو احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الرهن هلك بالدين فيرد المرتهن ما قبض وتبطل الحوالة لان
بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه يقوم مقام ذمة المحيل فى هذا يعود الدين
الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا او كذا لو تصادقا اى الراهن والمرتهن على ان
لا دين له عليه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بالدين الذى زعما ان الرهن به فى
الاصل يعنى ياخذ الراهن من المرتهن بعد الهلاك الدين المظنون وجهه ان الرهن مضمون
بالدين او بجهته عند توهم الموجود كما فى الدين الموجود وقد بقيت الجهة لانه يحتمل
ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان يتصادقا على ان لا دين بخلاف الابراء لانه يسقط به
الدين اصلا وذكر شمس الائمة فى المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان
تصادقهما بعد ما هلك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين
ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم
هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما قبل الهلاك ينتفى الدين من الاصل
وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن
اختلف المشائخ فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا

كتاب الكفالة

هى لغة الضم منه قوله تعالى وكفلها
زكريا اى ضمها الى نفسه وشرعا ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فى المطالبة الذمة العهدة لان
نقضه يوجب الذم ويفسر بالامان والضمان وكل ذلك متقارب ويسمى محل التزام الذمة بها فى
قولهم ثبت فى ذمتى كذا ومن الفقهاء من يقول هى محل الضمان والوجوب وقيل هى معنى يعتبر
بسببه الادمى على الخصوص اهلا لوجوب الحقوق له وعليه لا فى الدين وقيل فى الدين وهو قول
الشافعى رح فيصير الدين الواحد دينين والاول هو الاصح لان الدين بقى فى ذمة الاصيل
كما كان فلا يتصور وجوبه فى ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة
وقال مالك رح ان الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما فى الحوالة وهى اما بالنفس

والمضمون بها احضار المكفول به وهو مذهب الشافعي وعندنا لا تصح وتنعقد
اي الكفالة بالنفس بكفلت بنفسه قال ابو حنيفة ومحمد الكفالة لا يتم بالكفيل وحده
سواء كفل بالمال او بالنفس ما لم يحد قبول المكفول له او قبول اجنبي عنه في مجلس العقد وقال
ابو يوسف ان الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول او لم يوجد وفائدة الخلاف تظهر فيما
اذا مات المكفول له قبل القبول فعند من يقول بالتوقف لا يوخذ به الكفيل او بما يعبر
عن البدن وهو ما يصح اضافة الطلاق اليه بجسده ورقبته ورأسه ووجهه او بجزء
شائع كنصف وثلث كما في الطلاق ولو كفل بيده او برجله لا يصح وكذا بضمنه او على
او الي اي انا مستلزم بتسليمه لان على للالتزام والى بمعنى على قال عليه الصلوة والسلام
من ترك مالا فهو لورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيالا فالي او على وانا به زعيم لان
الزعامة هي الكفالة او انا به قبيل فان الكفيل يسمى قبيلا ويسمى الصك قبالة لانه
وثيقة بالحق وان قال انا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام
التسليم وهو ضمن لمعرفته دون التسليم وعامة المشائخ قالوا ولو قال فلان آشنا
من است او قال آشنائي فلان بمن است يكون كفيلا وكانهم فرقوا بين العربية والفارسية
ولا جبر عليها اي على الكفالة واعطاء الكفيل في حد سواء كان في حد قذف وقصاص
هذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر على اعطاء الكفيل في حد القذف والقصاص لان
الكفالة شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصل فصح الكفالة
به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لانها محض حق الله
تعالى والكفالة شرعت وثيقة كيلا يفوت حقنا والله غني عن ذلك وفي
القصاص وحد القذف حق العبد وله قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة
في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحدود والقصاص على الدرء ويلزمه
اي الكفيل احضار المكفول به مطلقا من غير تقييد بوقت او في وقت عين احضار المكفول

به فی ذلک الوقت ان طلب المکفول له مطلقا او مقیدا رعایة لما التزمه فان احضره فبها وان لم یحضره حبسه الحاکم لانه امتنع عن ایفاء حق علیه فصار ظالما ولو غاب المکفول به امهل الحاکم للکفیل مدة ذهابه ومجیئه ویستوثق منه بکفیل وهذا اذا عرف مکانه وان وقع الاختلاف فقال الکفیل لا اعرف مکانه وقال الطالب تعرفه فان کان له خرجة معروفة یخرج الی موضع معلوم للتجارة فی کل وقت فالقول للطالب والا فالقول للکفیل وقال بعضهم لا یلتفت الی قول الکفیل بعجزه ویبرأ الکفیل بموت من کفل لانه عجز عن احضاره وکذا یبرأ الکفیل بتسلیمه ای المکفول به حیث یمکنه ای فی مکان یقدر المکفول له مخاصمته فیه لمصر سواء کان مصر الکفالة فیه او مصرا آخر وعندهما لا یبرأ بتسلیم فی مصر آخر وان سلم فی بر او سواد لم یبرأ لا یقدر علی المخاصمة لعدم حاکم یحکم فیهما ویبرأ الکفیل بتسلیمه ای بتسلیم المکفول به نفسه ای المکفول له بجهة الکفالة بان قال سلمت نفسی الیک عن الکفیل ولو لم یقل عن الکفیل لا یبرأ ههنا ای فی مصر یمکنه المخاصمة وکذا یبرأ اذا سلم وکیل الکفیل او رسوله لقیامهما مقامه بخلاف ما اذا سلم اجنبی لا یبرأ ولا یشترط قبول الطالب التسلیم لان الکفیل یبرئ نفسه بایفاء ما التزم فلا یتوقف ذلک علی قبول صاحب الحق کالمدیون اذا وضع الدین بین یدی الطالب فانه لا یشترط قبوله وان شرط تسلیمه عند القاضی ای یبرأ بتسلیمه حیث یمکن مخاصمته وبتسلیم نفسه هنا وان شرط تسلیمه فی مجلس القاضی لان المقصود تسلیمه علی وجه یوصله الی حقه وقد حصل وقیل فی زماننا لا یبرأ لان اکثر الناس فی زماننا یعینون المطلوب علی الامتناع من الحضور والانقیاد لغلبة اهل الفساد فکان التقیید بمجلس القضاء مفیدا وان مات المکفول له فلوصیه ان کان له وصی او وارثه ان لم یکن له وصی مطالبة الکفیل به ای بالمکفول به لقیام الوصی او الوارث مقامه وان کان له علی آخر وکفل رجل بنفسه علی انه ان لم یواف به ای ان لم یات به غدا فعلیه المال صح الکفالتان ای الکفالة بالنفس والکفالة بالمال فان لم یسلم النفس غدا ضمن المال لانه علق الکفالة بالمال بعدم الموافاة

ای فی موضع یقدر المکفول له بان یکون فیه حاکم فلو سلم فی بریة فیها قاضی برئ عندنا وعن بعضهم انه بالتسلیم فی الرستاق لم یبرأ لانه اکثر قضاته ظلمة کما فی المنیة فعلی هذا فما یری فی زماننا ولو سلم فی بلد فیه حکام لم یصدق فلیجرب ای انه لا یشترط ان یقول سلمت الیک بجهة الکفالة ولا ان یسلم بعد الطلب کما قال السرخسی وقال شیخ الاسلام انه لم یبرأ الا بعد الطلب کما فی المحیط ۱۲

جامع الرموز

وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس به واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال ولم يبرأ
عن كفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين فكل واحد منهما للتوثيق حتى لو كفل بهما
معا يصح وانما يبرأ اذا ادى المال لانه لم يبق للطالب على المكفول به شئ فلا فائدة
في الكفالة بالنفس وقال الشافعي لا يصح الكفالتان اما الكفالة بالنفس فلانه مثل له ولا ينقاد
له بل يمانعه ويدافعه واما الكفالة بالمال فلانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب
المال بعدم الاحضار لا يصح كالبيع ولنا اما في الكفالة بالنفس انه يقدر على تسليمه ببيان موضعه للطالب
لان الكفيل يكون من معارفه ظاهرا فيقدر على تسليمه بنفسه او بالاستعانة باعوان القاضي
اذ الظاهر انه يكفل بنفس من قدر على تسليمه وفي الكفالة بالمال انها يشبه النذر ابتداء باعتبار
التزام المال يشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة قلنا لا يصح
تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح عملا بشبه البيع ويصح بشرط متعارف كعدم الموافات
في وقت كذا عملا بشبه النذر وان مات المكفول عنه وهذه الصورة ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم
المال عدم الموافات وقد وجد واما بالمال عطف على قوله اما بالنفس فتصح الكفالة بالمال وان جهل
المال المكفول به اذا صح دينه نحو ان يقول كفلت بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع فان
جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لبنائها على التوسع لانه تبرع ابتداء وهذا الضمان يسمى
الدرك وهو ضمان الاستحقاق اي يضمن المشتري رد الثمن اذا استحق المبيع والدين الصحيح
الا يسقط الا باداء او ابراء وفيه احتراز عن بدل الكتابة ولا يصح الكفالة لثبوته في ذمة
المكاتب مع المنافي لانه عبد ما بقي عليه درهم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا انه
لحاجته الى العتق يثبت الدين فكان ثابتا في حقه لا في حق الكفالة وصح تعليق الكفالة بشرط ملائم
لها بان كان الشرط لوجوب المال نحو ما بايعت فلانا فانا ضامن من الثمن لا ما اشتريته فانا ضامن
للبيع فان الكفالة بالمبيع لا يجوز او ما ذاب لك اي حق وجب مستعار من ذوب الشحم عليه اي على فلان او
ما غصبك فلان فعلي ضمانه وانما قيد بفلان حتى يصير المكفول عنه معلوما لان جهالته يمنع صحة الكفالة

فلو قال ما بايعت من الناس او ما ذاب لك على الناس او غصبك احد شيئا فعلى ضمانه لم يصح وان علق الكفالة بمجرد الشرط المحض بان كان غير ملائم فلا يصح الشرط اما الكفالة فصحيحة كان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا كفل به الى مجيء المطر او هبوب الريح يبطل الاجل وصحت الكفالة لانها ليست من الاجل المتعارف بين التجار ما يصح تعليقها بالشرط فلا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وان كفل بمالك واجب عليه ضمن قدرما قامت به بينة لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فتحقق ما عليه فيصح الكفالة وان لم يقم بينة فالقول للكفيل في مقدار ما يعترف به مع يمينه في نفي الزيادة وينبغي ان يحلف على العلم لان الحلف فيما يجب على الغير ليس على علم وصدق الاصيل في القدر الزائد على نفسه فقط دون الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيقتصر على الاصيل ولا يتعدى الى الكفيل بخلاف البينة فانها حجة متعدية واذا طالب الدائن احدهما اى الاصيل و الكفيل فله مطالبة الآخر ومطالبتهما معا وهذا بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الآخر لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب لما اختار تضمين احدهما بالرضاء والقضاء له ومطالبة الآخر وتصح الكفالة بامر الاصيل وبلا امره لانه تصرف في حق نفسه بالتزام المطالبة فان امر الاصيل رجع الكفيل عليه اى بما ادى بعد ادائه لانه ادى دينه بامره ويرجع عليه ولا يطالب الاصيل قبل الاداء وان لوزم الكفيل بالمال لازم اصيله حتى يخلصه وان حبس الكفيل حبسه ايضا لانه الذي ادخله في هذه التهمة فيلزم تخليصه وابراءه اى ابراء الطالب وتاجيله اى تاجيل الطالب الدين عن الاصيل يسري الى الكفيل فيبرئ الكفيل ويتأخر الدين عنه اذ الدين على الاصيل عندنا وعلى الكفيل المطالبة به

الحواشي:

وبطل تعليقها بالشرط ... (حاشية في الهامش العلوي)

قوله اذا كفل بجياد وادى الزيوف فانه يرجع عليه بالجياد لانه ملك بالاداء ... ولا يرجع الكفيل ... كفل عن صبي محجور بمال بامره ... اذا كفل الاجنبي عن عبد فانه لا يرجع ... الا بعد العتق ولا يرجع المولى عليه اصلا كما في المحيط وغيره ١٢

نقاية

وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط الفرع والتاجيل ابراء موقت فيعتبر
بالمؤبد لا عكسه اي ابراء الطالب الكفيل لا يسري الى الاصيل لان سقوط الفرع لا يوجب سقوط الاصل
وكذا التاجيل يعني لو كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأخر عن الاصيل وان صالح
الكفيل الطالب عن الف على مائة برئ الاصيل والكفيل عن تسعمائة اذ الصلح اضيف الى الالف
وهو دين على الاصيل فيبرء الاصيل ويبرء الكفيل ايضا ضرورة وان ادى الكفيل المائة
رجع على الاصيل بها ان كانت الكفالة بامره لان بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب
الرجوع وان صالح عن الالف على جنس آخر فبالالف اي يرجع الكفيل على الاصيل لانه
مبادلة فتملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بجميع الالف عليه فكان الطالب اشتراه بالالف
من الكفيل واحاله على الاصيل وان صالح الكفيل على جنس آخر او بالف عن موجب الكفالة
وهو مطالبة الكفيل لا يبرأ الكفيل ويكون للطالب حق المطالبة من الاصيل لان هذا
الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يبرء الاصيل ولا يصح تعليق البراءة عنها اي عن الكفالة
بشرط مثل ان يقول اذا قدم زيد فانت برئ من الكفالة لان في البراءة عنها معنى التمليك
كسائر البراءات كما لو قال ان قدم فلان من السفر فانت برئ من الدين وهذا على قول من يقول
بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانه وسيلة
اليه والتمليكات لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت على الكفيل المطالبة دون الدين فكان اسقاطا
محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد ابراء الكفيل ويرتد ابراء الاصيل برده ولا تصح الكفالة
بالحدود والقصاص لان كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به اذ الكفالة انما يصح بشيء مضمون
يجري النيابة في ايفائه ولا يجري النيابة في العقوبات لان الغرض من شرعيتها زجر العاصي عن المعاصي وهذا لا
يتحقق اذا اقيم على غير الجاني وهذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد فقد سبق بيانه ولا بالمبيع
حتى لو كفل للمشتري عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك قبل القبض فعلي بدله اي قيمته لا يصح
لان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن فانه لو هلك المبيع في يد البائع قبل القبض

لا يجب على البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن وان كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط
حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة اذ هو ضم الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم
بين المختلفين فان ما يثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما
امكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل المراد الكفالة بمالية
المبيع اما الكفالة بتسليم المبيع بعد دفع الثمن الى البائع فتصح لتحقق معنى الضم في المطالبة
فان الكفيل يطالب بتسليم المبيع كالبائع لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شيء كالاصيل بخلاف
الثمن بان كفل للبائع عن المشتري بالثمن فانه يصح لانه دين كسائر الديون ولا بالمرهون
بان كفل للراهن عن المرتهن به بمعنى انه لو هلك ضمن بدله اي قيمته لان المرهون عين مضمون
بغيره وهو الدين فلا يمكن تحقق معنى الكفالة على ما ذكرنا في المبيع لو كفل بتسليم المرهون
عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين يصح ولا بالامانات لانها غير مضمونة
كالوديعة والعارية والمستاجر ومال المضاربة ومال الشركة وعند ابي يوسف
ومحمد رح العين في يد الاجير المشترك مضمونة فيصح الكفالة عندهما ولو كفل
بتسليم المستاجر الى المستاجر يصح لان التسليم مستحق على الموجر ونقل عن ابي حنيفة ان
الكفالة بالامانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة لا يصح اصلا
اي لا بنفسها ولا بتسليمها والكفالة بالامانة واجبة التسليم كالعارية يصح بتسليم العين
ولو هلك لا يجب شيء فان عين العارية غير مضمونة لكن تسليمها مضمون فان ضمن
التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من اخذ الوديعة صحيحة ولا تصح
الكفالة بالحمل على دابة مستاجرة معينة لان المستحق تسليم تلك الدابة والكفيل
عاجز عنه لانها ملك الغير وان كانت الدابة غير معينة صحت الكفالة بان المستحق
هو الحمل ويمكنه الحمل على دابة نفسه وبخدمة عبد مستاجر كذا اي معين كما في الدابة
ولا عن ميت مفلس اي اذا مات المديون مفلسا فتكفل عنه رجل للغرماء لم يصح

عند ابی حنیفة رح وعندهما یصح لانه کفل بدین واجب علیه فیصح کما فی حال حیوته وله ان ذمة
المیت قد ضعفت عن الاداء والدین فی الحقیقة فعل الاداء ولهذا یوصف بالوجوب
وبعد ما مات لا یتصور منه الاداء فیسقط الدین فی حق احکام الدنیا والکفالة
بالساقط لا یجوز اما اذا بقی منه مال تعلق الدین بماله فلا یسقط ولا یصح بلا قبول
الطالب فی المجلس ط وقال ابو یوسف رح اذا بلغه الخبر فاجاز یجوز وقیل یجوز عنده بوصف
النفاذ ورضاء الطالب لیس بشرط عنده والخلاف فی الکفالة بالنفس والمال الا فی مسئلة
واحدة وهی ما اذا قال المریض لوارثه تکفل عنی بما علی من الدین لغرمائی وکفل الوارث عن مورثه
فی مرضه مع غیبة غرمائه فانها یصح استحسانا بطریق الوصیة من المریض للوارث
بان قضی دینه ولهذا یصح وان لم یسم المریض الدین وربه الدین فان الجهالة لا یمنع صحة الوصیة
ولا بمال الکتابة حر کفل به او عبد لانه لیس بدین صحیح لثبوته مع المنافی لان المکاتب عبد ما بقی علیه درهم
والمولی لا یستوجب علی عبده دینا ولا العهدة ای من اشتری عبدا فضمن له رجل بالعهدة لا یبطل الضمان
لان العهدة اسم مشترک فقد یقع علی الصک القدیم لانه وثیقة بمنزلة کتاب العهدة وهو
ملک البائع فی یده ولا یلزمه التسلیم الی احد وقد یقع علی العقد لانها اخذت من العهد
والعقد والعهد سواء ویقع علی حقوق العقد وعلی الدرک وعلی خیار الشرط فتعذر العمل بها
قبل البیان فبطل الضمان والخلاص ای ضمن الخلاص بطل ایضا عند ابی حنیفة لان تفسیره عنده
تخلیص المبیع عن المستحق وتسلیمه الی المشتری وهو باطل لانه ضمن ما لا یقدر علی الوفاء
به ولو ضمن تخلیص المبیع او رد الثمن صح الضمان ویصح ضمان الخلاص عندهما مفسرا بضمان
الثمن ان عجز عن تسلیم العین وهذا کالدرک ولا یصح ضمان المضارب الثمن لرب المال
ای اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا یصح لان حق القبض للمضارب
فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه ولا یصح ضمان الوکیل بالبیع ای اذا باع رجل لرجل ثوبا
بامره ثم ضمن الثمن عن المشتری للآمر لم یصح لان حق مطالبة الثمن للوکیل فیصیر ضامنا

لنفسه

لنفسه ولا يصح ضمان احد البائعين حصة صاحبه من ثمن عبد باعاه بصفقة واحدة
لان الصفقة اذا كانت واحدة فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح الضمان فما يوديه
الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان للضامن ان يرجع بنصيبه على الشريك
لان ما استحق بنصيب احدهما للاخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما
وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شئ ففي هذا ضمان
ابتداء وابطاله انتهاء وان باعا العبد صفقتين بان باع كل واحد منهما نصيبه
بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان وصح ضمان
الخراج لانه دين واجب عليه حتى يحبس به ويلازم لاجله ويطالب اشد المطالبة فاشبه
سائر الديون والمراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف
الامام كل سنة على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض
فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين والنوائب ان اريد بها ما يكون
بحق ككرى الانهار المشتركة نحو ان يقضي القاضي بكرى نهر مشترك بينه
وبين غيره شركة خاصة فابى واحد من الكرى واتفق شريكه بامر القاضي يصير
حصة الابي دينا في ذمته فيصح الكفالة بها وكذا اجر الحارس بين قوم مضمونة يصح الكفالة
بها وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت
المال عن المال او احتاج الى فداء اسارى المسلمين ووظف على الناس لانه واجب مضمون
يصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ فيه قال
بعضهم لا يصح الكفالة بها لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ هنا
على الاصيل وقال بعضهم يصح لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون ولهذا قلنا ان من قام
بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ الاخذ ظالما في الاخذ والقسمة قيل هي النائبة
الموظفة الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او شهرين او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب بل يجبه احيانا

ويحتمل ان يقع وان لا يقع وقيل معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان بها صح لان القسمة واجبة عليه وقيل المراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة وان كانت النوائب والقسمة بغير حق فلما ذكرنا وما لا يجب على عبد حتى يعتق حال على من كفل به مطلقا مال مبتدأ لا يجب صفته حال خبره اي اذا اقر عبد باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فضمن رجل هذه الاموال عن العبد مطلقا اي ولم يذكر الحلول والتاجيل صحت الكفالة ويجب على الكفيل مال حالا اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون على الاصيل واما الحلول فلان الدين على العبد حال لوجود سببه وانما لا يطالب العبد قبل عتقه لمانع شرعي لان جميع ما في يده ملك سيده ولا مانع في حق الكفيل فيجب حالا وبطل دعوى ضامن الدرك مثل ان يقول للمشتري انا ضامن الثمن ان استحق المبيع لانه ترغيب المشتري في الشراء فصار الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه لنفسه بعد ذلك وبطل دعوى شاهد كتب شهادته شهد بذلك على صك الشراء وقد كتب فيه اي في الصك باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا ولا يصح دعوى بعد ذلك لان شهادته يكون اقرارا بان البائع باع ملكه بيعا باتا نافذا فاذا ادعى الملك لنفسه يكون مناقضا والتناقض يبطل الدعوى بخلاف شاهد كتب في صك الشراء شهد على اقرار العاقدين فانه لا يكون كتابة الشهادة على هذا الوجه اقرارا بان البائع باع ملكه فيصح دعواه بعد ذلك

كتاب الحوالة

هي لغة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بما كان له على رجل فاحتال زيد به على رجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحتال له وقولهم للمحتال له لغو اذ لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل وفي الشريعة اثبات دين لاخر على اخر اي على المحتال عليه وفيه احتراز عن الكفالة على الوجه الاصح مع عدم الدين على المحيل بعده اي بعد الاثبات فان الدين لم يبق بعد الحوالة على المحيل بل انتقل الى ذمة المحتال عليه وبرء المحيل عن الدين واذا كان كذلك فهي بشرط عدم براءته كفالة وهذه اي الكفالة بشرط براءة

الاصيل حوالة فان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الهبة بشرط العوض بيع وتصح الحوالة بالدين عليه
للمحتال على المحيل فان قيل فان احاله فقد اقرّ بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة
قلنا الحوالة تستعمل في التوكيل ويستعمل في نقل الدين فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار
معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول الخصم مع يمينه ووجب القول بالادنى وهو التوكيل
فان قيل لو كان توكيلا ينبغي ان لا يشترط رضاء المحتال عليه قلنا هو توكيل من وجه فيعمل
بالشبهين وتصح به اى بالدين للمحتال على المحيل برضاهم ع اى برضاء المحيل والمحتال عليه الذى
قبل الحوالة واما رضاء محتال عليه فلانه يلزمه الدين اما رضاء المحتال فلان الدين حقه والدين
ينتقل بالحوالة فلابد من رضائه بها للتفاوت في الذمم واما رضاء المحيل وهو المديون فليس بشرط ذكره
في الزيادات لانه لا ضرر له في التزام المحتال عليه الدين بل فيه نفعه صورته ان يقول رجل
للطالب ان لك على فلان الفا فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب صحت الحوالة ويبرئ الاصيل
وفي رواية القدوري رضاء المحيل شرط واختار في المتن هذه الرواية واذا تمت الحوالة فيبرأ المحيل
من الدين بقبول المحتال ه ولا يرجع المحتال على المحيل وقال زفر لا يبرأ المحيل كما في الكفالة ولنا انه
لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه ويبرء المحيل بالحوالة على الغير ما اجبر الدائن
على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه لانا نقول يحتمل عود المطالبة
الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا لان المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير
ان يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا
الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال
اعساره فلا يكون متبرعا الا ان يتوى حقه اى يهلك حق المحتال والتوى عند
ابي حنيفة باحد الامرين اما بموت المحتال عليه مفلسا ولم يترك كفيلا او يجحد المحتال
عليه الحوالة او حلف منكر الحوالة ولا بينة للطالب عليهما لان التوى ما يتحقق عند العجز
عن الوصول الى الحق ويتحقق العجز بكل واحد منهما وقالا بهذين ووجه ثالث بان

ع اى تصح برضاء المحيل والمحتال وفي الزيادات انها تصح بلا رضاء المحيل وصححه صاحب الهداية حيث لم يقيد الدليل الا عليه كما في الكرماني ۱۲

ه اى الصاحبان ان التوى يكون باحد من الامرين المذكورين ۱۲

فلسه اي حكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي
عنده لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا وبالعكس وعندهما يتحقق
وقال الشافعي ان لا يعود الحق الى ذمة المحيل وان توي وتصح الحوالة بلا شئ للمحيل على المحتال عليه
فاذا طلبه المحتال عليه بمثل ما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين
ولا يقبل قوله لتحقق سبب رجوع المحتال عليه لانه قضى دينه بامره وهو سبب الرجوع و
المحيل يدعي على المحتال عليه دينا وهو ينكره والقول للمنكر وتصح الحوالة بدراهم
الوديعة اي من اودع رجلا دراهم واحال بها عليه رجلا آخر صح لان المودع وهو المحتال
عليه قادر على قضاء مال الحوالة من الوديعة ولكن يبرء المحتال عليه بهلاكها اي هلاك
الوديعة بعد الحوالة اذ لم يمتنع عن التسليم عند الطلب لان المحتال عليه التزم الاداء
من دراهم الوديعة فان هلك برئ وكذا يصح بالدراهم المغصوبة التي غصبها المحتال
عليه ولكن لا يبرء المحتال عليه بهلاكها لانها فاتت الى خلف وهو الضمان وتصح بدين
للمحيل عليه اي على المحتال عليه والاصل في جميع ذلك ان الحوالة نوعان مقيدة بدين
المحيل على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او وديعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا
ولا يقيدها بدين او عين او يحيل على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين كما يقول المديون لرب
الدين احلتك بالالف التي علي على هذا الرجل فلم يقل ليؤديها من المال الذي عليه او العين الذي عنده
من غصب او وديعة فلا يطالبه اي المحتال عليه في الحوالة المقيدة الا المحتال لان الحوالة المقيدة
تتضمن امرين احدهما توكيل المحتال بقبض الدين والعين من المحتال عليه والثاني امر المحتال عليه
ليسلم ما عنده الى المحتال فاذا اخذ المحيل ذلك من المحتال عليه تعلق حق المحتال به وليس للمحتال عليه
ان يدفعها الى المحيل فان دفع الى المحيل ضمن المحتال لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال وفي
الحوالة المطلقة للمحيل الطلب من المحتال عليه دينه ووديعته ايضا اي كما ان للمحتال
الطلب فلا تبطل الحوالة باخذ المحيل ما عليه اي على المحتال عليه من الدين او عنده من الغصب والوديعة

سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما في المطلقة فظاهر واما في المقيدة فلانه ليس حق الاخذ فاذا دفع اليه المحتال عليه دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه للمحتال فلا تبطل الحوالة **وكره السفتجة** وهي بضم السين وفتح الفاء وهو تعريب سفته وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا بطريق اقراض ليدفع الى صديقه في بلد آخر وانما يدفعه بطريق الاقراض لا على سبيل الامانة لسقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسان مالا ليقضيه المستقرض الى المقرض في بلد آخر ويريد المقرض به سقوط خطر الطريق وانما سمي هذا القرض بها لان معناه سفتة محكم وفي هذا النوع من القرض احكام فان كان المنفعة مشروطة وما كان فيه غرم ظاهر فلا باس به وهي معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض ولهذا اوردها في كتاب الحوالة

كتاب الوكالة

هي لغة بالكسر والفتح مصدر وكل بمعنى وكل بالشيء فتوكل به اي قبل الوكالة والوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء وكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي الشريعة تفويض الانسان التصرف الى غيره واقام مقام نفسه **وشرطها** اي شرط التفويض **ان يملكه** اي التصرف الشرعي الموكل بنفسه لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من جهته ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع بعارض النهي **وشرطه ان يعقله الوكيل** اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه فلو وكل صبيا لا يعقل او مجنونا بطل التوكيل **ويقصده** اي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم فلو تصرف هازلا لا يقع عن الامر ثم فرع على الشرائط المذكورة فقال **فيصح توكيل الحر البالغ والماذون** اي الصبي العاقل الذي اذن له الولي او العبد الذي اذنه المولى **مثلهما** اي مثل الحر البالغ والماذون فالاقسام تسعة لانه اما ان يكون الموكل حرا وهو ثلثة

توكيل الحر الحر وتوكيل الحر الصبي وتوكيل الحر العبد واما ان يكون الموكل صبيا ماذونا وهو ايضا ثلثة توكيل الصبي حرا بالغا وتوكيل الصبي عبدا واما ان يكون الموكل عبدا ماذونا وهو ثلثة ايضا توكيل العبد حرا وتوكيل العبد صبيا وعبارة المتن يشتمل جميع هذه الاقسام فان تقدير الكلام صح توكيل الحر مثل الحر والماذون وتوكيل الماذون مثل الحر والماذون بمعنى ايهما وقع صح ولا شك في شموله الاقسام فما قيل لو قال كلا منهما لكان اشمل محل تامل وكانه حمل العبارة على ان المراد توكيل الحر مثله وتوكيل الماذون مثله وانت تعلم انها اعم توكيل الحر والماذون صبيا عاقلا وعبدا محجورين لان كلا منهما اهل للتصرف حتى ينفذ تصرفهما بالاذن ولكن ترجع الحقوق اى حقوق العقد الى موكلهما ولا ترجع اليهما لان في رجوع الحقوق اليهما ضررا بالصبي وبالسيد فلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجورا وعبد محجورا له خيار الفسخ بكل متعلق بيصح اى صح التوكيل بكل ما يعقده الموكل بنفسه كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة والايداع والرهن والارتهان والاقراض وكذا تقاضي الدين وبالخصومة في كل حق والشرط ان يكون التوكيل بالخصومة برضاء الخصم فلا يصح التوكيل عند ابي حنيفة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يصح التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح ان الخلاف في اللزوم فعنده هي صحيحة غير لازمة حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وهذا بخلاف حالة المرض والسفر فانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار الموكل للعجز عن الحضور والمريض اذا لم يمكنه الحضور بنفسه ويمكنه بركوب الدابة والحمل على ايدي الناس يلزم منه توكيل بلا رضاء الخصم وان كان لا يزيده الركوب مرضا في الاصح واذا قال انا اريد السفر يلزم التوكيل بلا رضاء الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قيل يلزم التوكيل الحقوها بالمريض والمتأخرون اختاروا والفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت

فی اباء التوکیل لایمکنه من ذلك ویقبل التوکیل من الموکل وان علم من الموکل القصد الی الاضرار لصاحبه فی التوکیل لایقبل منه التوکیل الا برضاء صاحبه وصح التوکیل بایفائه ای باداء کل حق واستیفائه ای قبض کل حق الا فی استیفاء حد وقصاص لغیبة موکله لانهما یسقطان بالشبهات فلا یستوفی بما یقوم مقام الغیر لما فیه من نوع شبهة وقال الشافعی رح یستوفی القصاص فی حال غیبة الموکل ویجوز التوکیل باثبات حد السرقة والقذف والقصاص باقامة الشهود فاذا ثبت فللموکل استیفاؤه وقال ابو یوسف انه لا یصح التوکیل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ایضا وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابی حنیفة رح وقیل هذا الخلاف فی حال غیبة الموکل اما فی حضرته فهو جائز اجماعا والتوکیل باثبات حد الزنا وحد شرب الخمر لا یصح اتفاقا وترجع الحقوق الی الوکیل لا الی الموکل فی کل عقد یضیف الموکل الی نفسه ای لا یحتاج فیه الی الاضافة الی الموکل مثل بیع وشراء واجارة وصلح عن اقرار فان الوکیل فی هذه العقود یکفی ان یقول بعت او اشتریت او اجرت واستاجرت وصالحت ولا یحتاج الی ذکر الموکل فیسلم الوکیل المبیع فی الوکالة بالبیع ویقبضه فی الوکالة بالشراء ویقبض ثمن مبیعه ویجب علیه ثمن مشتراه فیطالبه ویسلمه ولو قال والثمن عطفا علی المبیع بمعنی یسلم الوکیل الثمن ویقبضه لم یحتج الی قوله وثمن مبیعه وعلیه ثمن مشتراه ویخاصم فی الرجوع عند الاستحقاق اذا استحق المبیع من المشتری یرجع بالثمن علی الوکیل ویخاصم فی العیب اذا باع ویخاصم فیه اذا اشتری وکذا یخاصم فی شفعة ما اشتری وهو ای المبیع فی یده ای فی ید الوکیل بخلاف ما اذا سلمه الی الموکل واعلم ان الحقوق نوعان نوع یکون للوکیل کقبض المشتری اذا کان وکیلا بالشراء ومطالبة ثمن المبیع اذا کان وکیلا بالبیع والمخاصمة فی العیب والرجوع بثمن المستحق ففی هذا النوع للوکیل ولایة هذه الامور لکن لا یجب علیه فان امتنع لا یجبره الموکل علی هذه الافعال ونوع یکون الحقوق علی الوکیل کتسلیم المبیع وتسلیم الثمن ونحوهما ففی هذا النوع یکون الوکیل مدعی علیه فللمدعی ان یجبره علی ذلك ویثبت الملك فی باب الوکالة بالشراء للموکل ابتداء اعتبارا بالتوکیل السابق

هذا هو الصحيح وقيل يثبت الملك للوكيل اولا ثم ينتقل عنه الى الموكل فكانه جرى عقد
بينهما وان لم يكن ملفوظا بل مقتضى للتوكيل فلا يعتق قريب وكيل شرائه لانه لم يملكه
وهذا على تقدير ثبوت الملك ابتداء ظاهر اما على تقدير ثبوت الملك للوكيل ابتداء
فلا يعتق ايضا لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر بل ينتقل الى الموكل وترجع الحقوق الى الموكل
في كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله مثل نكاح فانه لو اضاف الى نفسه كان النكاح له وخلع
وصلح عن انكار وعن دم عمد وعتق على مال وكتابة وصدقة وهبة واعارة وايداع
ورهن واقراض وكذا الاستعارة والاستيداع والاستيهاب والارتهان فالحكم والحقوق
كلها يتعلق بالموكل وكذا الوكالة بالشركة والمضاربة اما التوكيل بالاستقراض فلا يصح ولا
يثبت الملك فيما استقرض للموكل الا اذا بلغ على سبيل الرسالة ارسلني اليك فلان ويستقرض
فحينئذ يثبت الملك للمستقرض والفرق بين الصلح عن اقرار وانكار ان الاول كالبيع فيلزم
تسليم البدل على الوكيل واما الثاني فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل به سفير محض
ولا يرجع الحقوق اليه فمعنى اضافة الصلح عن الانكار الى الموكل ان حقوقه يرجع الى الموكل في
المعنى فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصلح على ما فاته فيقول زيد
صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يلزم على عمرو تسليم
المائة لا على الوكيل فالصلح في المعنى مضاف الى عمرو ولهذا يكون الوكيل سفيرا محضا
ولا يلزم عليه شئ وكانه قال صالحت من جهة عمرو الا ترى ان الوكيل في البيع اذا اضاف
البيع الى الموكل بان قال بعت له ترجع الحقوق الى الوكيل لا الى الموكل وان اضاف العقد اليه
لفظا لانه في المعنى غير مضاف فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر بناء على ان حقوق النكاح لا
ترجع الى الوكيل وكذا لا يطالب وكيلها اي وكيل الزوجة بتسليمها وكذا لا يطالب ببدل الخلع ان وكل
بالبيع فباع الوكيل وطالب الموكل المشتري بالثمن للمشتري منع الثمن من موكل بايعه لان حق القبض
للوكيل والموكل كالاجنبي عن حقوق العقد فان دفع المشتري الثمن اليه اي الموكل صح اذ الثمن

المقبوض حق الموكل لانه بدل ملكه ولا يطالب الوكيل المشتري بالثمن ثانيا لان الحق وصل الى
مستحقه **فصل** في الوكالة بالبيع والشراء وان وكل رجلا بالبيع والشراء لا يصح بيع الوكيل
وشرائه ممن ترد شهادته له عند ابي حنيفة لانه موضع التهمة مستثناة من الوكالات ويتهم
بالعقد مع هؤلاء وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وصح بيع الوكيل بالبيع مطلقا
بما قل من الثمن او كثر والعرض وهذا عند ابي حنيفة لانه مأمور ببيع مطلق وقد اتى ببيع مطلق
خال عن التهمة فيصح بيعه وقالا لا يصح بيعه بنقصان الا بما يتغابن الناس مثله ولا يجوز
الا بالدراهم والدنانير وهو قول الشافعي رح وصح بالنقد والنسية عندنا لان امره
ببيع مطلق والتقييد بالثمن الحال يبطل صفة الاطلاق والبيع بالنسية معتاد بين
التجارة كالبيع بالنقد وعند الشافعي لا يبيع الا بالنقد وصح بيع الوكيل نصف ما وكل
ببيعه وهذا عند ابي حنيفة رح لان التوكيل مطلق وهو يتناول المفرق والمجتمع الا
ترى انه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع النصف به اولى ان يجوز
وعندهما لا يصح الا ان يبيع الباقي قبل ان يختصما وصح اخذه اي اخذ الوكيل بالبيع رهنا
بالثمن او كفيلا بالثمن لان حق الاستيفاء للوكيل والرهن والكفالة يوكدان الاستيفاء
فيملكهما الوكيل فلا يضمن اي الوكيل ان ضاع في يده لانه صار كانه استوفى الثمن
لانه لو استوفى حقيقة ثم ان هلك في يده لا يضمن او توى ما على الكفيل بان يرفع
الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة
الاصيل بنفس الكفالة ثم مات الوكيل مفلسا فتوى المال على الكفيل فلا ضمان
على الوكيل ويقيد شراء الوكيل بمثل القيمة وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز
بما لا يتغابن في مثله وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح بين البيع والشراء
ان الشبهة تمكن في الوكيل بالشراء لجواز انه اشترى لنفسه فلما لم يعجبه لغلاء
الثمن اراد ان يحوله على الآمر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه

لايملك شراءه لنفسه وهي اي الزيادة التي يتغابن مايقوم به مقوم من المقومين وقيل قدرما
مايتغابن الناس في العروض ده دہ نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده وانما وقع
التفاوت لان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار وفي الحيوان بين الامرين وكلما كثر التصرف قل الغبن
لكثرة الممارسة وتوقف بشراء نصف ماوكل بشرائه على شراء الباقي وهذا بالاتفاق ايضا والفرق
لابي حنيفة بين البيع والشراء ان في الشراء يتحقق التهمة فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم ان الشركة
عيب اراد ان يحوله على الامر كما ذكرنا ورد مبيع على وكيل بعيب رده الوكيل على امره الاصل ان الوكيل
بالبيع والشراء هو الخصم في العيب لانه من حقوق العقد فان كان العيب لايحدث مثله كالسن الزائد
والاصبع الزائد ولايحدث مثله في هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولايمين لعلمه يقينا بكونه
عند البايع وقد اشترط في الذي يحدث مثله ان يكون القضاء بالبينة او النكول والاقرار
فمعنى الاشتراط ان يشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لايحدث في مدة
شهر مثلا لكن لايعرف تاريخ البيع فاحتاج القاضي الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا
لايعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
ولكن لايثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد حتى لو عاين القاضي تاريخ البيع والعيب
ظاهر لايحتاج الى شيء منها فالرد على الوكيل رد على الموكل فاما اذا كان العيب مما يحدث مثله فان
رد بالبينة كان الرد على الوكيل ردا على الموكل لان البينة حجة في حق الناس كافة وكذا اذا رد
بالنكول لان الوكيل مضطر في النكول لان الموكل هو الذي اوقعه فيه فلا لوكيل رد على الموكل الا وكيل اقر
بعيب يحدث مثله فالرد على الوكيل لايكون الرد على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر
دون غيره ولكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيرد ببينة او نكول اذا كان الرد بقضاء القاضي باقرار الوكيل
وان كان المشتري رده بنفسه باقرار الوكيل من غير قضاء القاضي والعيب مما يحتمل الحدث ولزمه اي الوكيل ذلك ولا
يكون له ان يخاصم موكله بحال لان هذا فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق الموكل فكان الوكيل اشترى من
المشتري وان كان العيب لايحدث مثله والرد باقرار الوكيل لزم الموكل بلا خصومة في رواية وفي عامة الروايات

ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل وان باع الوكيل نساء وقال قد اطلق الامر اى امرني بالبيع
مطلقا وقال الامر لا بل امرتك بالبيع بنقد صدق الامر لان الامر مستفاد من جهة الامر فكان
القول له وفي المضاربة اذا قال رب المال للمضارب امرتك بالبيع بالنقد وقال المضارب لا بل دفعته مضاربة
ولم يعين شيئا صدق المضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم
النقد والنسية الى اى اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل
غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما واذا وكل وكيلين لا تصح تصرف
احد الوكيلين وحده فيما وكلا به كالبيع ونحوه لان الموكل رضي برأيهما فاذا انفرد احدهما بطل
غرضه هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي هذا او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما
بكلامين لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف الا ان يوكلهما في الخصومة فلاحدهما ان يخاصم دون
صاحبه لان المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القاضي عن الشغب ولا يشترط حضرة
صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط ولكنهما لا يقبضان الا معا لان اجتماعهما على القبض
ممكن والموكل رضي بامانتهما معا لا بامانة احدهما وقال زفر رح لا يصح الانفراد بالخصومة والا في
رد وديعة قيد بردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة ليس لاحدهما ان ينفرد بالقبض
فقط وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا لان هذه الامور لا يحتاج الى الرأي في التعبير المحض
عبارة الواحد كعبارة العدد ولا يصح بيع عبد او مكاتب او ذمي مال صغيره المسلم وشراءه للصغير
بماله اذ لا ولاية للعبد والمكاتب في مال ولدهما الصغير ولا ولاية للذمي في مال صغيره المسلم
ومن دفع الى اخر دراهم ووكل ان يشتري له طعاما فان الامر بشراء الطعام يقع على البر
في دراهم كثيرة ويقع على الخبز في دراهم قليلة ويقع على الدقيق في دراهم متوسطة بين
القليل والكثير فمن واحد الى ثلاثة قليلة ومنها الى خمسة او ستة او سبعة متوسطة
والقياس ان يتناول الطعام كل مطعوم لاطلاق الاسم ووجه الاستحسان ان الطعام متى قرن
بالبيع والشراء يراد به البر او دقيقه او خبزه قيل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة يسمى

سويق الطعام فاما في عرف غير اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل مطعوم وبعض مشائخ ماوراء النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال صدر الشهيد وعليه الفتوى واذا لم يدفع الى الوكيل شيئا وقال اشتر لي حنطة لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمي له وفي امر متخذ الوليمة يقع الطعام على الخبز فقط سواء كان الدراهم كثيرا او غيرها بدلالة القرينة والامر بشراء حمار يصح اي التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة في الوصف والامر بشراء دار يصح ان ذكر ثمنها ومحلتها لانها تختلف باختلاف الجيران والمحال اختلافا فاحشا وبشراء شيء علم جنسه من وجه وذكر نوعه او ثمن عين نوعه الاصل ان الجهالة ثلثة انواع جهالة فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق فان تحت كل منها اجناسا وهذا يمتنع صحة الوكالة وان بين الثمن وجهالة يسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل وجهالة متوسطة وهي ما بين النوع والجنس كالتوكيل عبدا وامة اودار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يكن الثمن والنوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس اذا ثبت هذا فنقول يصح التوكيل بشراء فرس او بغل او حمار وان لم يسم الثمن لان هذه جهالة النوع وهي يسيرة ويمكن دركها بالنظر الى حال الموكل ويصح التوكيل بشراء عبد وامة اودار ان سمي لانه قلت الجهالة اذ لا يمكن دركها بحال الموكل وان لم يبين الثمن لا يصح لانه يشتمل انواعا اما العبد فكان التركي والحبشي والهندي والسندي والمولد وكذا الامة واما الدار فكما ذكرنا فان بين النوع كالتركي مثلا او ذكر ثمنا علم به النوع يصح التوكيل لا يصح الامر والتوكيل ان فحش جهالة جنسه من كل وجه كالرقيق فانه ينقسم الى ذكر وانثى وهما في بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد ثم كل منهما قد يقصد به الجمال كالتركي وقد يقصد به الخدمة كالهندي وكذا الثوب والدابة فان الثوب يتناول

اجناسا شتی من الاطلس الی الکساء والدابة فی اللغة اسم لما یدب علی وجه الارض وفی
العرف یقع علی الفرس والحمار والبغل وان امر رجلا بشراء عبد بالف صدق الوکیل فی قوله
اشتریت عبدا للآمر فمات عندی وقال الآمر بل اشتریت لنفسك ان کان دفع الآمر
الثمن الی الوکیل لانه امین ادعی الخروج علی عهدة الامانة والآمر یدعی الثمن علیه وهو ینکر
الثمن والا ای وان لم یدفع الآمر الثمن فالآمر یصدق لان الوکیل اخبر عما لا یملك استینافه وهو الشراء
وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منکر والقول للمنکر وهذه المسئلة علی ثمانیة اوجه لانه اما ان
یکون الثمن منقودا او لا وکل وجه علی وجهین لانه اما ان یکون مامورا بشراء عبد بعینه او بغیر عینه
وکل وجه علی وجهین اما ان یکون العبد حیا حین اخبر الوکیل بالشراء او میتا فان کان مامورا
بشراء عبد بعینه فان اخبر بشرائه والعبد قائم حی فالقول للمامور اجماعا منقودا کان
الثمن او غیر منقود وان کان العبد میتا اخبر فقال هلك عندی بعد الشراء وانکره
الموکل فان کان الثمن غیر منقود فالقول قول الآمر وان کان الثمن منقودا فالقول للمامور
وان کان العبد بغیر عینه فان کان حیا فقال المامور اشتریته لك وقال الآمر هو
هو عبد لك فان کان الثمن منقودا فالقول للمامور وان لم یکن منقودا فالقول للآمر عند ابی حنیفة
وعندهما القول للمامور وان کان العبد میتا وهی مسئلة الکتاب فان لم یکن الثمن منقودا فالقول
للآمر وان کان الثمن منقودا فالقول للمامور وللوکیل بالشراء حبس المبیع من آمره لقبض ثمنه وان لم
یدفع الوکیل الثمن الی بائعه لانه یعتبر مبادلة حکمیة بین الوکیل والموکل فکان الوکیل بائعا والموکل مشتریا
وللبائع حبس المبیع لقبض الثمن وعند زفر رح لیس له حق الحبس فان هلك فی ید الوکیل بعد الحبس
ضمان المبیع و سقط کل الثمن قلت قیمته او کثرت وهذا عند ابی حنیفة ومحمد رح لانه لما کان الوکیل مع
الموکل کالبائع مع المشتری یسقط کل الثمن بهلاکه وعند زفر یضمن الوکیل القیمة ضمان الغصب
وعند ابی یوسف یضمن ضمان الرهن حتی لو کان فیه وفاء بالثمن یسقط ولا یرجع الوکیل بالفضل
علی الموکل فان کان الثمن مساویا للقیمة فلا اختلاف وان کان الثمن عشرة والقیمة خمسة

عشر فعندہ فر یضمن خمسۃ عشر وعند الطرفین یضمن خمسۃ وان کان بالعکس فعندہ فر یضمن عشرۃ فیطالب الخمسۃ من الموکل وکذا عند ابی یوسف لان الرھن یضمن باقل من قیمتہ ومن الدین وعند ابی حنیفۃ ومحمد یکون مضمونا بالثمن وھو خمسۃ عشر وفی قولہ بعد الحبس احتراز عما اذا ھلک قبل الحبس فللوکیل ان یرجع بالثمن علی الآمر ولیس للوکیل بشراء عین شراءہ لنفسہ ای لو وکلہ بشراء شئ بعینہ لیس لہ ان یشتریہ لنفسہ ولو اشتری لنفسہ فھو للآمر لانہ بقبول الوکالۃ التزم ان ما یوجد من شراءہ لھذا العین فھو للموکل وھو عینہ فان کان الثمن مسمی وشراءہ بخلاف جنس الثمن المسمی للموکل وقع الشراء لہ ای الوکیل لانہ خالف امر آمرہ فنفذ الشراء

فصل

للوکیل بالخصومۃ القبض سواء کان الخصومۃ فی الدین او فی العین ھذا اصل الروایۃ وھو قول علمائنا الثلاثۃ خلافا لزفر رح ولکن یفتی الآن بخلافہ ای یفتی علی قول زفر لظھور الخیانۃ فی الوکلاء ولان کل من یؤتمن علی الخصومۃ لا یؤتمن علی المال وللوکیل بقبض الدین الخصومۃ عند ابی حنیفۃ حتی لو اقام المدعی علیہ البینۃ ان رب الدین قد استوفی منہ او ابرأہ یقبل بینتہ وقالا لا یکون خصما وھو روایۃ الحسن عن ابی حنیفۃ لا للوکیل بقبض العین فانہ لا یملک الخصومۃ حتی ان من وکل وکیلا بقبض عبد لہ وغاب وجاء الوکیل لیقبض العبد فاقام العبد البینۃ انہ اعتقہ الموکل لم تقبل بینتہ فی اثبات العتق والقیاس ان یدفع العبد الی الوکیل لان البینۃ قامت علی غیر خصم ولکن فی الاستحسان یسمع ھذہ البینۃ لدفع الخصومۃ من غیر ان یثبت العتق فی حق الموکل ویتوقف حتی یحضر الموکل ویقصر ید الوکیل لقبض العبد لانہ خصم فی قصر الید وان لم یکن خصما فی اثبات العتق علی الموکل ویتوقف حتی یحضر الموکل ونقل المراۃ ای اذا جاء رجل وقال انا وکیل الغائب فی نقل امرأتہ الی موضع فاقامت المراۃ البینۃ علی ان موکلہ طلقھا لا تقبل ھذہ البینۃ علی اثبات الطلاق ولکن یقصر یدہ الوکیل کما حتی یحضر الغائب ان اقام الحجۃ علی العتق فی الصورۃ الاولی والطلاق فی الثانیۃ بلا ثبوتھما ای بلا ثبوت العتق والطلاق کما ذکرنا وصح اقرار الوکیل بالخصومۃ علی موکلہ عند القاضی ولا فرق بین ان یکون الوکیل

بالخصومۃ

بالخصومة من المدعى فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق لا يصح
اقراره عند غيره اى غير القاضى لكن اذا شهد شاهدان باقراره فى غير مجلس القضاء
عند القاضى يخرجه القاضى من الوكالة ولا يسمع خصومته لمكان التناقض وهذا عند ابى حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف يصح اقراره عليه وان اقر فى غير مجلس القاضى وقال زفر والشافعى
لا يصح فى مجلس القاضى وفى غيره وهو قول ابى يوسف اولا لانه مأمور بالخصومة لا بالاقرار
ولنا ان الخصومة يراد بها الجواب مطلقا لا الانكار فانه يمكن ان يعلم ان المدعى محق فلا يمكن الانكار
شرعا وتوكيله بما لا يملكه لا يجوز فيحمل على الجواب مجازا تحريا للصحة وطريق المجاز موجود لان
الخصومة جواب مقيد فيراد مطلق الجواب وللموكل عزل وكيله من الوكالة فان كان
الوكيل حاضرا او الخصم غائبا فاراد ان يعزل وان كان وكيل المدعى صح عزله وان كان
وكيل المدعى عليه فان كانت الوكالة بغير التماس المدعى صح عزله وان كان بالتماس المدعى لا يصح
عزله حال غيبة المدعى لان بالتوكيل ثبت نوع حق للمدعى قبل الوكيل وهو ان يحضره مجلس
ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله يبطل هذا الحق اصلا بخلاف ما اذا كان الوكيل بغير التماس
الطالب حيث يصح العزل حال غيبة الطالب ووقف العزل على علمه اى علم الوكيل فان لم يبلغه
الخبر فهو على وكالته وقال الشافعى رح ينعزل وان لم يبلغه الخبر وتبطل الوكالة بموت احدهما
اى الموكل والوكيل وجنونه جنونا مطبقا اى مستوعبا وحد المطبق شهر عند ابى يوسف لانه سقط
الصوم عنه وعنه اكثر من يوم وليلة لانه سقط به الصلوات الخمس وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لان استمراره
مع اختلاف فصوله آية استحكامه اذ يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة وما دون الحول فلا يمنع
وجوب الزكوة ولحاقه بدار الحرب مرتدا قالوا الحكم المذكور وهو ان تبطل الوكالة بلحاقه بدار
الحرب يكون حكم القاضى قول ابى حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده وكذا وكالته
فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته
نافذة ولا تبطل الوكالة الا ان يموت او يقتل او يحكم القاضى بلحوقه وكذا تبطل

الوكالة بعجز موكله حال كونه مكاتبا وحجره حال كونه ماذونا لان بقاء الوكالة يعتمد قيام امر التوكيل وقد بطل المكاتب وحجر الماذون وافتراق الشريكين سواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا فاذا وكل احد الشريكين ثالثا في التصرف في مال الشركة فافترقا تبطل الوكالة في حق الشريك الاخر الذي لم يوجد من التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه لكن يبقى في حق الامر فينبغي ان لا يعزل فيما اذا وكله الشريكين صريحا بافتراقهما ان لم يعلم به وكيلهم اي وكيل المكاتب والماذون واحد الشريكين فانه لا فرق بين العلم وعدمه لان هذا العزل حكمي والعلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه وتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به اي اذا وكل اخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة لانه لما فعل ذلك الفعل بنفسه تعذر على الوكيل ذلك الفعل سواء لم يبق محلا للتصرف كما اذا وكل بالاعتاق فاعتق موكله او بقي محلا كما لو وكل بنكاح امرأة فنكحها الموكل ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها الموكل لان حاجته قد انقضت

كتاب الشركة

هي في اللغة الاختلاط وتركيبها دالة عليه ومنه الشركة اي الشبكة لتشابكهما واختلاط بعضها ببعض ويطلق هذا الاسم على العقد وان لم يوجد اختلاط اذ العقد بسبب وشريعة ضربان احدهما شركة ملك وهي ان يملك اثنان عينا ارثا او شراء او هبة او صدقة او وصية او استيلاء ويختلط مالهما بلا صنع من احدهما او يخلطهما خلطا يمنع التميز اصلا كالبر مع البر او الشعير بالشعير وكل واحد من الشريكين كاجنبي في مال صاحبه فلا يجوز ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه وثانيهما شركة عقد وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا فيقول الاخر قبلت وشرطها ان لا يعين لاحدهما دراهم من الربح لانه يقطع الشركة لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه وهي اي شركة العقد اربعة اوجه مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه وجه الانحصار هو ان المال في عقد الشركة اولا فان ذكر فلا تخلوا اما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال اي في راس المال والربح ام لا فان لزم فالمفاوضة والا فالعنان وان لم يذكر فلا يخلوا اما ان يشترط العمل فيما بينهما

في المال

فی مال الغیر اولا فالاول الصنائع والثانی الوجوه (وهی) ای المفاوضة فی اللغة المساواة یقال فاوضه
فی کذا ای جاراه وفعل مثل فعله والناس فاوضوا فی هذا ای سواء لا تباین بینهم وفی الشریعة شرکة
متساویین مالا والمراد من المال ما یصلح راس مال الشرکة کالدراهم والدنانیر ولا یعتبر التفاضل
فی مال لا یصلح لراس المال الشرکة کالعروض والعقار والدیون وحریة ای لا بد ان یکونا حرین
بالغین لیتحقق التساوی بینهما فی الملک والتصرف واهلیة الوکالة والکفالة فلا یصح بین
حر وعبد وصبی وبالغ لعقد التساوی اذ الحر البالغ یستبد بالتصرف والکفالة والعبد لا
یملک واحدا منهما الا باذن السید والصبی لا یملک الکفالة اذن له ولیه اولا وکذا لا یصح
بین العبدین وبین صبیین وبین المکاتبین ودینا ای لا بد ان یکون ملتهما واحدة
فیصح بین المسلمین وبین الذمیین ولا یصح بین مسلم وکافر عند ابی حنیفة رح وعند
ابی یوسف یجوز ولکن یکره وعند الشافعی رح لا یجوز شرکة المفاوضة وقال مالک رح لا ادری ما المفاوضة
ویتضمن المفاوضة الوکالة ای کل واحد من الشریکین وکیل للآخر فی المعاملة لان مقتضی
المفاوضة المساواة فکل واحد منهما قائم مقام صاحبه فی التصرفات والکفالة فکل واحد
من الشریکین کفیل الآخر فاذا اشتری احدهما کان للبائع مطالبة الثمن من الآخر واذا تضمن
الوکالة کان مشتری کل واحد منهما ملکا لهما مشترکا بینهما فکان شراء احدهما کشرائهما الا طعام
اهله والادام وکسوتهم فانها یکون للمشتری خاصة فانها مستثناة من مقتضی المفاوضة
ضرورة واذا تضمن الکفالة کان کل دین لزم احدهما بالتجارة وبما تصح فیه الشرکة کالشراء
ونحوه کالبیع والاجارة مثل ان یستاجر احد المفاوضین اجیرا فی تجارتهما او دابة فللموجر
ان یطالب بالاجر ایهما شاء ضمن الآخر وهذا فی التجارة بلا خلاف وان غصب احدهما
شیئا واستهلکه ضمن الآخر عند ابی حنیفة ومحمد خلافا لابی یوسف واما ان لزم احدهما
دینا بما لا یصح فیها الشرکة کالنکاح والخلع والصلح عن دم لا یضمنه الآخر لانها
لم یدخل تحت المفاوضة لکونها لیست بتجارة ولو استقرض احدهما الا مالزمهما

لان المستقرض ثبت في المستقرض لهما ولو اقرض احدهما مالا مشتركا بينهما ذكر في المبسوط
يلزم على صاحبه عند ابي حنيفة لانه مفاوضة وعندهما لا يلزم على صاحبه حتى يكون للشريك
حق الرجوع لانه تبرع ابتداء وان ورث احدهما او وهب له او تصدق عليه بما يصح الشركة فيه
كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقبض قبل القبض بشرط في الهبة دون الارث وفي الهداية
وان ورث احدهما او وهب له ووصل الى يده وفي الكافي ان قوله ووصل الى يده يرجع الى الهبة دون
الارث فعلم ان القبض فيهما يشترط صار عقد المفاوضة عنانا وبطل المفاوضة لان المساواة بين الشريكين
فيما يصلح راس مال الشركة شرط المفاوضة ابتداء وبقاء وانما يصير عنانا لعدم شرط المساواة
فيه فكانهما انشأ الشركة في الحال لا مساواة بينهما فيكون عنانا وفي ارث العرض والعقار
وهبتهما بقي العقد مفاوضة لان المساواة فيما لا يصلح راس مال الشركة ليست بشرط في المفاوضة
في الابتداء فكذا في البقاء وشركة عنان وهي لغة من عن اذا عرض كانه عن لهما شيء فاشتركا
فيه او من عنان الفرس لان كلا منهما جعل عنان التصرف في يد صاحبه وشرعا شركة اثنين في كل
تجارة او في نوع من التجارة كما اذا اشتركا في بر او طعام وتصح ببعض ماله دون البعض وتصح
مع اشتراط فضل مال احدهما على مال الاخر فانه قد يكون احدهما اهدى واحذق في التجارة او اكثر
عملا فلا يرضى بالمساواة ويتساوى مالهما مع التفاوت في الربح بان يكون المال نصفين والربح اثلاثا
وعكسه بان يكون الربح مساويا ولا يكون المال مساويا خلافا لزفر والشافعي رح ذكر في فتاوى قاضيخان
فان شرط المساواة في المال واشترط لاحدهما فضل الربح فان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما
شرطا عملا جميعا او عمل احدهما دون الاخر وان شرط العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا
وان شرط العمل على اقلهما ربحا لم يجز وتصح مع كون احدهما اي احد المالين دراهم والاخر دنانير
وكون احد المالين دراهم بيضا والاخر سودا خلافا لزفر والشافعي رح وهذا بناء على ان الخلط
شرط عندهما وذا لا يتحقق في مختلف الجنس وعندنا يصح بلا خلط والحاصل ان الشركة في
الربح مستند الى العقد وهو الشرط عندنا فلم يشترط المساواة والخلط والاتحاد وعند

زفر والشافعی انما الربح نماء المال فیشترط کل واحد من الشریکین اذا اشتری شیئا فهو
مطالب بثمن مشتراة لاغیر ای دون الاخر لان المطالبة علی الاخر انما یتوجه فی المفاوضة لانها
تتضمن الکفالة والموجود ههنا الوکالة فقط والوکیل هو الاصیل فی الحقوق فیتوجه المطالبة
الیه دون صاحبه ثم رجع علی شریکه بحصته اذا اداه من ماله لانه وکیل من جهة الشریک
والوکیل بالشراء اذا انقد الثمن من مال نفسه یرجع علی الموکل فان کان لا یعرف ذلک الا بقوله بان
یقول اشتریت عبدا ونقدت الثمن من مال نفسه وهلک العبد فعلیه البینة ولا تصحان
ای المفاوضة والعنان الا بالنقدین والفلوس النافقة والتبر ای ذهب غیر مضروب والنقرة ای فضة
غیر مضروبة ان تعامل الناس بهما ای بالتبر والنقرة ففی کل بلد جری التعامل بالمبایعة بالتبر
والنقرة یصح الشرکة بهما وفی کل بلدة لم یجر التعامل بهما لم یصح وقیل صحة الشرکة بالفلوس قول
محمد وعندهما لا یصح والصحیح ان الشرکة فی الفلوس یصح علی قول الکل وقال مالک رح
یصح الشرکة فی العروض اذا اتحد الجنس وتصحان بالعروض بعد ان باع کل واحد منهما نصف
عرضه بنصف عرض الاخر ثم یعقدان الشرکة مفاوضة او عنانا ویصیر العرض راس مال
الشرکة وهذا اذا کان قیمة متاعهما مساویة ولو کانت فی عرضیهما تفاوت بان یکون قیمة
عرض احدهما مائة وقیمة عرض صاحبه اربعمائة یبیع صاحب الاقل اربعة اخماس
عرضه بخمس عرض الاخر فصار العرض کله بینهما اخماسا وهلاک مالهما او مال احدهما قبل
الشراء یفسدها ای عقد الشرکة لان المعقود علیه فی الشرکة المال وبهلاک المعقود علیه یفسد العقد کالبیع
وهو ای هلاک المال علی صاحبه قبل الخلط فی ایدیهما هلک ای سواء هلک المال فی ید صاحبه او فی ید الاخر
فی یدهما اما اذا هلک فی ید صاحب المال فظاهر وکذا اذا هلک فی ید الاخر لان المال بقی علی ملکه فکان امینا فی راس مال
صاحبه وهلاک المال بعد الخلط علیهما لانه لا یتمیز فیجعل الهلاک من مالهما ولکل واحد من شریکی
مفاوضة وعنان ان یبضع المال لان له ان یستعمل الغیر فی التجارة بالاجارة فلان یکون له
ذلک بلا اجرة اولی ویودع لانه من عادة التجارة ویضارب عند ابی حنیفة رح انه لیس له

ذلك والصحيح هو الاول لان الدفع مضاربة لتحصيل الربح وتوكيل من يتصرف فى المال بيعا و شراء ونحوهما لاحتياج اليه والمال فى يده اى يد كل واحد من الشريكين امانة ولا يضمن الا بالتعدى
والنوع الثالث شركة الصنائع والاعمال ويسمى شركة التقبل وهو ان يشترك الصانعان كخياطين او خياط وصباغ ويقبل العمل باجر بينهما فيكون الكسب بينهما على ما شرطا ولا يشترط فيهما اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فلو عمل احد الشريكين فى دكان والآخر فى دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما وصحت هذه الشركة خلافا للشافعى رح وان شرط العمل نصفين والمال المستفاد اثلاثا لانه قد يكون بينهما تفاوت فى العمل فيصح منهما اشتراط القادة فى الربح وقال زفر لا يصح ولزم كلا عمل قبل احدهما اى اذا دفع رجل الى احدهما عملا فله ان يأخذ بذلك العمل ايهما شاء ولكل واحد منهما ان يطالب الاجر اى اجر عمل احدهما والى ايهما دفع الاجر يصح الدفع اليه ويكون الكسب بينهما وان عمل احدهما فقط وشركة الصنائع قد يكون مفاوضة وعنانا فالمفاوضة ما ذكر فى الشركة لفظ المفاوضة او ذكر ما هو فى معنى المفاوضة بان اشترط الصانعان ان يكون قبول الاعمال منهما على التساوى وان يتساويا فى الربح وان يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فما لحقه بسبب هذه الشركة فهى مفاوضة حتى يراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتا فى شىء مما ذكرنا مثلا ان يشترطا على ان ما قبل من الاعمال فعلى احدهما الثلثان وعلى الآخر الثلث والاجر بينهما على قدر ذلك فهذه شركة عنان لوجود معنى العنان حتى يراعى فيها شرائط العنان وكذا اذا ذكر لفظ العنان وكذا لو اطلقها فهو شركة عنان استحسانا لانه المتعارف والنوع الرابع شركة الوجوه وهى ان يشتركا بلا مال ليشتريا بوجوههما ويبيعا فيكون الربح بينهما وهذه شركة المفاليس وانما اضيف الى الوجوه لانها تبذل فيها لعدم المال والاضافة فيه بمعنى الباء كما فى شركة الابدان وذلك لانهما اشتركا فى الشراء والبيع بوجوههما ويتبذلهما بالوجه لا بشىء آخر وقيل هو ان يشتريا من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما يشتريان بجاههما وبما هو من الوجه على القلب بدليل العبارة الاخرى لانه

لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس اى قدر وشرف والاول هو الاوجه كذا فى المغرب
وهى باطلة عند الشافعى فتصح مفاوضة اذا روعيت بشرائطها بان يكون رجلان من اهل
الكفالة وان يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة او ما فى معناها
ومطلقها عنان لان مطلقها ينصرف اليه لان المعتاد بين الناس شركة العنان وكل واحد وكيل
الاخر فيما يشتريه اذا كان العقد مطلقا واما ان شرطت فيه المفاوضة فكل وكيل كفيل فان شرطا
مناصفة المشترى بينهما او مثالثة فالربح كذلك اى مشتركا مناصفة او مثالثة وشرط الفضل
باطل اى ان اشترطا ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا وشرطا ان يكون ربح احدهما
زائدا على قدر ملكه فذلك الشرط باطل فان الربح فى هذه الشركة بالضمان والضمان يقدر بقدر
الملك فى المشترى فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهدائه وعمله فى شركة
العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح لزيادة الهداية والعمل فى مال معلوم كما فى شركة العنان
والمضاربة ولم يوجد ههنا ولا تصح الشركة فى اخذ المباحات كاحتطاب الحطب واحتشاش
الحشيش واستسقاء الماء واجتناء الثمار من الجبال والبوادى من الجوز والفستق وغيرها
وكذلك الشركة بنقل التراب وبيعه من ارض لا يملكانها والجص والملح والكحل وما اشبه ذلك
فخصت المباحات بمن اخذها وليس للاخر شئ ان لم يعمل ونصفت ان اخذاها
معا وخلطا لان الاستواء فى الاخذ يوجب الاستواء فى الملك وان عمل احدهما واعانه الاخر
على عمله بان اشتركا فى الاحتطاب وقلع احدهما الحطب وجمع الاخر او قلع وجمع احدهما وحمله
الاخر وان اشتركا فى الاستسقاء ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقى عليه الماء ويستقى يكون
للمرز والحطب للاخذ ويكون للمعين اى الجامع والحامل فى الاحتطاب وصاحب العدة اى
البغل والراوية فى الاستسقاء اجر المثل لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزم اجر
المثل ولكن لا يزاد اجر المثل على نصف القيمة اى قيمة المأخوذ عند ابى يوسف لرضا بنصفها خلافا
لمحمد فعنده يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المسمى مجهول اذ لم يدر اى نوع يصان من المأخوذ

وهل يصيبان شاء ام لا والرضاء بالمجهول لغو فاسقط اعتبار رضائه وقد استوفى منافعه
بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ والربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال كما اذا شرط فى الشركة دراهم مسماة
من الربح لاحدهما فيفسد الشركة فيكون الربح بقدر المال حتى لو كان المال نصفين وشرط الربح اثلاثا
فالشرط باطل فيكون الربح نصفين لان الربح يتبع المال وتبطل الشركة بالموت اى بموت احدهما
والجنون والارتداد واللحاق بدار الحرب ان قضى به ولم يزك احدهما مال الآخر بلا اذنه فلو
ادى احدهما زكوة مال الآخر لم يجز لان كل واحد منهما نائب عن صاحبه فى التجارة لا فى اداء الزكوة فان
اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدى الزكوة عنه فاديا ولاء اى على التعاقب ضمن الثانى
للاول عند ابى حنيفة علم باداء الشريك الاول اولا وعندهما ان علم باداء صاحبه
ضمن والا لا وكذا اشار محمد رح فى كتاب الزكوة من المبسوط وذكر فى الزيادات ولا يضمن علم باداء
الشريك اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف فى الوكيل باداء الزكوة اذا ادى بعد اداء الموكل بنفسه
وان اديا معا مثل ان ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما فى زمان واحد ولم يعلم تقدم
احدهما على الآخر ضمن كل واحد من الشريكين نصيب غيره علم او لم يعلم عند ابى حنيفة وعندهما
لا يضمن ان لم يعلم فان قيل اذا اديا معا ينبغى ان يجب الضمان عند ابى حنيفة بعدم سبق اداء
الموكل فلم يقع فعل الوكيل لغوا قلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا
تقديرا لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل
اذا باع وخرج الكلامان معا نفذ للموكل دون الوكيل

كتاب المضاربة

هى فى اللغة
من ضرب فى الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين
يسافرون للتجارة وفى الشريعة عقد شركة فى الربح بمال من جانب رجل وعمل من جانب آخر سمى بها
لان المضارب يسير غالبا فى الارض طلبا للربح وهى ايداع فالمضارب امين لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة
والوثيقة كما فى الرهن وتوكيل عند عمله لانه يتصرف فى مال الغير بامره وشركة فالمضارب شريك رب
المال ان ربح لان الربح حصل بالمال والعمل فاشتركا وغصب ان فسد يصير غاصبا ان خالف اى المضارب

رب المال لتعديه على مال الغير وقد يكون بضاعة ان شرط بعد دفع المال بالمضاربة كل الربح للمالك وان دفع ابتداء بضاعة فهو ظاهر وكذا هي قرض ان شرط بعد الدفع كل الربح للمضارب وان دفع قرضا ابتداء فظاهر وقد يكون المضاربة اجارة فاسدة ان فسدت المضاربة فاذا صارت فاسدة فلا ربح له اي للمضارب في الربح كله لرب المال لانه نماء ملكه بل للمضارب اجر مثل عمله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل للمسمى المشروط للفساد فصار الى اجر المثل ضرورة ربح او لا يربح في رواية الاصل وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يربح فلا اجر له ولا يزاد اجر عمله على ما شرط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما مر في الشركة ولا يضمن المضارب المال بالهلاك فيها اي في المضاربة الفاسدة لانه عين استاجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الواحد كما لا يضمن في المضاربة الصحيحة لانه امين ولا تصح المضاربة الا بمال تصح فيه الشركة وهو الدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف والفلوس الرائجة عند محمد مثلهما حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا يجوز اجماعا وحاصله ان العروض لا تصلح لراس مال المضاربة عندنا خلافا لمالك وكذا الكيلي والوزني خلافا لابن ابي ليلى ولا تصح الا بتسليمه اي بتسليم المال الى المضارب لان المضاربة انعقدت على راس المال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فيجب ان يخلص يد المضارب في المال ليتمكن منه العمل فيه وشيوع الربح بينهما اي بين رب المال والمضارب فان شرط لاحدهما دراهم مسماة تفسد فكل شرط يقطع الشركة في الربح او يوجب جهالة الربح يفسدها وما عداه من الشروط الفاسدة التي تفسد البيع لا تفسد المضاربة بل يبطل ذلك الشرط وللمضارب في مطلقها اي مضاربة غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة ان يبيع بنقد ونسيئة الا باجل لم يعهد بين التجار وان يشتري ويوكل بهما اي بالبيع والشراء ويسافر بمال وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر به وعنه وعن ابي حنيفة اذا دفع المال اليه في مصر وهو من اهل

ذلك المصر فليس له ان يسافر به وان دفع في غير مصره له ان يسافر ويبضع المال بضاعة
ولو اعطى لرب المال بضاعة صح ولا تفسد هي اي المضاربة به اي بان يبضع لرب المال خلافا لزفر و
يودع المال ويرتهن ويرهن ويوجر ويستاجر ويحتال اي يقبل الحوالة بالثمن على الايسر والاعسر لان غرض
رب المال حصول الربح ولا يحصل ذلك الا بان يملك المضارب جميع اصناف التجارة ليحصل غرضه لانه قد يربح في
صنف دون نوع والايداع وان لم يحصل الربح به لكن فيه حفظ المال وهو من التجارة ولا يقرض لانه تبرع
ولا فائدة فيه ولا يستدين على المضاربة وان قيل له اعمل برأيك الا باذن المالك صريحا بان ينص على
الاستدانة ولا يضارب لانه يجعل بعض ربح ماله لغيره وهو لم يرض به ولان الشيء لا يستتبع مثله ولا يخلطه اي مال
المضاربة بماله الا باذنه او باعمل برأيك فصح له ان يدفع مال المضاربة ويخلط بماله اذا قال لكن لا يملك الاستدانة
وان قال اعمل برأيك فلو قيل اي للمضارب هذا اي اعمل برأيك وشرى بكل رأس المال ثوبا وقصر الثوب
بماله او شرى متاعا وحمل المتاع بماله اي بمال المضارب تبرع لانه لا يملك الاستدانة فلم ينفذ على رب المال اذ لم
يصرح بالاستدانة بخلاف ما اذا اشترى المضارب ثوبا وصبغ الثوب احمر فانه لا يكون تبرعا بل يصير
المضارب شريكا بما زاد الصبغ في الثوب لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين قائم فلو بيع الثوب كان ما يخص قيمة الصبغ
للمضارب وما يخص الثوب الابيض على المضاربة حتى لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغ الفا ومائتين كان الالف
للمضاربة ومائتا درهم للمضارب لان ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب فيه عين مال قائم حتى يكون بعض الثمن
باذائه وان خص له رب المال التصرف لا يجاوز بلدا او سلعة او وقتا او شخصا عينه المالك لانه انما ملك
التصرف بتفويض المالك فيتقيد بما فوض اليه فان جاوز عنه ضمن لانه تصرف في مال غيره بغير اذنه وله اي للمضارب
ربحه وعليه نقصانه ولا يزوج عبدا وامة من مال المضاربة لان التزويج ليس من عمل التجارة وعن ابي يوسف
انه يزوج الامة ولا يشتري من يعتق على رب المال سواء كان قريبه او قال رب المال ان
اشتريت فلانا فهو حر فلو اشترى من يعتق على رب المال فللمضارب ولا يكون للمضاربة
ولا يشتري من يعتق عليه اي على المضارب بقرابة او يمين كما ذكرنا وان كان للمضارب
ربح في المال لانه شريك فيعتق عليه بنصيبه ويفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة

وعندهما يعتق فلا يحصل المقصود وهو الاسترباح ولو فعل اى اشترى من يعتق عليه صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة وضمن المال ان نقد من مال المضاربة وان لم يكن للمضارب
ربح فى المال صح ان يشترى من يعتق عليه لانه لا ملك له فيه ليعتق عليه فلا مانع من تصرف
القدرة على بيعه فيقع الشراء على المضاربة ونفقة مضارب عمل فى مصره ليس فى مال
المضاربة بل فى ماله لانه فى مصره ساكن بالسكنى الاصلى لا للمضاربة فلم يكن نفقته فى مال
المضاربة وفى سفره طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه وركوبه هو بفتح الراء
ما يركب كراء وشراء وعلفه اى علف المركوب فى مالها اى مال المضاربة لانه اذا سافر صار محبوسا
بالعمل للمضاربة فوجب النفقة فى مالها لاجل الاحتباس بالعمل وانما يطلق ذلك بالمعروف حتى لو زاد على
المعروف وجاوز المعتاد بين التجار ضمن الفضل اما الدواء ففى ماله فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن
ابى حنيفة ان الدواء فى مال المضاربة ولو كان خروجه فيما دون سفر ان كان بحيث يغدو
اليه ثم يرجع الى منزله فهو كالسوقى فى المصر لان اهل السوق يتجرون فى المصر ثم يبيتون فى منازلهم وان كان
ما دون السفر بحيث يغدو اليه ولا يبيت باهله فنفقته فى مال المضاربة كالسفر لان خروجه للمضاربة
ههنا فصار كالخروج للسفر فان ربح المضارب اخذ المالك من الربح ما انفق المضارب من
راس المال حتى يتم راس المال ثم قسم الربح الباقى لان القسمة انما شرعت بعد تسليم
رأس المال وان دفع المضارب راس المال الى غيره مضاربة بلا اذن رب المال لم يضمن بمجرد
الدفع لانه ايداع وهو يملكه بل ضمن المال عند عمل المضارب الثانى فى ظاهر الرواية عن ابى
حنيفة رح وهو قول ابى يوسف ومحمد لانه اذا عمل ظهر انه مضاربة بضمن وقيل لا يضمن حتى
يربح الثانى فاذا ربح ضمن لرب المال عند ربحه وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رح
لانه اذا ربح يثبت الشركة فى المال فيضمن كما لو خلط بغيره وقال زفر رح يضمن بالدفع اعمل او لم يعمل
وهو رواية عن ابى يوسف رح وصح ان شرط فى المضاربة لعبد المالك شئ مثل ان شرط
ثلث لرب المال وثلث لعبد رب المال ليعمل مع المضارب وثلث للمضارب لان اشتراط

العمل على العبد لا يمنع تسليم المال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا واشتراط
العمل اذن له بخلاف اشتراط العمل على رب المال فانه لا يصح لانه يمنع التسليم وتبطل
المضاربة بموت احدهما اي رب المال او المضارب لانها توكيل وبموت الموكل او الوكيل يبطل الوكالة ولحاق
المالك بدار الحرب مرتدا لانه كالموت حتى يقسم ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده وقيل
لحاقه واما قبل لحوقه يتوقف تصرفات مضاربة عند ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او الطلاق في
بالموت او القتل ولو كان المضارب ارتد ولحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها عندهم وان
عزله رب المال المضارب لا ينعزل حتى يعلم بعزله لانه وكيل من جهة وانعزال الوكيل بالعزل القصدي
يتوقف على علمه فلو لم يعلم بالعزل واشترى وباع فتصرفه جائز فلو علم بالعزل والمال عرض فله بيع عرضها اي عرض
المضاربة ولا يمنع العزل عن ذلك لان حقه يظهر في الربح بقدر راس المال وذلك بالبيع ثم لا يجوز ان يتصرف
في ثمنه لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وبعد النقد لا ضرورة ولا يتصرف ايضا في نقد نض بالضاد المعجمة اي
صار نقدا والناض الدراهم والدنانير من جنس ماله بان كان النض دراهم او دنانير وراس
مال المضاربة دنانير ويبدل خلافه به اي خلاف راس المال اي وان كان راس المال
دراهم ومال المضاربة دنانير او بالعكس له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا والقياس
ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نقد
ووجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وذا لا يمكن الا ان
يبيع ما في يده بجنس راس المال ولو افترقا في المال دين يؤمر اي يجبر الحاكم بطلبه اي بطلب
الدين ان كان ربح لانه بمنزلة الاجير فانه يستحق الربح بازاء عمله والربح كالاجرة وقد سلم
له الربح فيجبر الحاكم على اتمام عمله ومن اتمام عمله استيفاء ما وجب من الديون والا اي وان
لم يكن الربح لم يلزمه الطلب لانه وكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ما يتبرع به
ولكن يوكل المالك به اي بالطلب لان حقوق العقد يتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال الطلب
بالديون فيما عقده المضارب الا بالتوكيل اياه وكذا سائر الوكلاء مثل الوكيل

بالبيع

بالبيع اذا امتنع من طلب الثمن عند المشتري لا يجبر عليه ولكن يوكل المالك بطلب الثمن عن
المشتري وكذا المستبضع اذا باع مال البضاعة يوكل المالك بطلب الثمن والذي يعمل بالاجرة مثل البياع
اي الدلال والسمسار بكسر السين الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية ومصدرها السمسرة
وهو ان يتوكل الرجل من الحاضرة الى البادية فيبيع لهم ما يجلبون به يجبر عليه اي على طلب الثمن و
استيفائه لانه يصل اليهما بدل عملهما وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا دون راس المال
لان الربح تابع وراس المال اصل والهلاك يصرف الى التبع دون الاصل كما يصرف الهلاك في مال الزكوة الى
العفو دون النصاب فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان قال المالك
عينت نوعا وقال المضارب ما سميت لي نوعا بعينه صدق المضارب مع اليمين ان ادعى العموم في كل تجارة
وجه قول المالك لان الاصل في المضاربة العموم فكان القول لمن تمسك بالاصل وقال زفر رح صدق
المالك وان ادعى كل واحد منهما نوعا صدق المالك مع اليمين لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من
يستفاد الاذن من جهته احق والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان ولكن ا صدق المالك مع
اليمين ان قال المالك دفعت المال اليك بضاعة او وديعة وقال ذو اليد انه المال عندي مضاربة او قرض لان ذا اليد
يدعي عليه تمليك المال والربح وهو ينكر فكان القول للمنكر والبينة لذي اليد

كتاب المزارعة

وهي في اللغة مفاعلة من الزراعة يقال زرع الله الحرث اي انبته وانماه وقولهم زرع الزارع الارض
اذا اثارها للزراعة من اسناد الفعل الى السبب مجازا كذا في المغرب وفي الشريعة عقد على
فعل الزرع ببعض الخارج والمزارعة يقتضي فعلا من الجانبين مع ان فعل الزرع يوجد من احد
الجانبين وانما سمي بطريق التغليب كالمضاربة ولا تصح المزارعة عند ابي حنيفة رح لان النبي عليه
الصلوة والسلام نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث او الربع وخص بالثلث او
الربع لمكان العادة في ذلك الوقت ولانه في المعنى استيجار الزارع ببعض ما خرج من عمله
فكان في معنى قفيز الطحان ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز
الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها ولكن صحت عندهما

لانه عليه الصلوة والسلام دفع نخيل خيبر الى اهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما خرج من ثمر وزرع وبذلك عمل الصحابة والتابعين والصالحون الى يومنا هذا بلا نكير وبه لاحتياج الناس اليها وتعاملهم بها فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدى الى الزراعة وقد يكون مهديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الزرع كالمضاربة بشرط صلاحية الارض للزرع لان المقصود لا يحصل بدونه وبشرط اهلية العاقدين وهذا الشرط لا يختص بالمزارعة فان اهلية العاقدين شرط فى كل عقد وبشرط ذكر المدة بان قال الى السنة او سنتين وما اشبه ذلك ولو ذكر مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسد وكذلك اذا ذكر مدة لا تعيش احدهما الى مثلها غالبا لان العقد يرد على منفعة الارض اذا كان البذر من قبل العامل او منفعة العامل ان كان البذر من قبل رب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة وعن محمد رح انها من غير ذكر المدة جائزة ويقع على سنة واحدة اى زرع واحد وبه اخذ فقيه ابو الليث وبشرط ذكر رب البذر لان المقصود عليه يختلف باختلافه فان البذر اذا كان من قبل العامل فان المعقود عليه منفعة الارض وان كان البذر من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه وبشرط ذكر جنسه اى جنس البذر لانه لا بد من اعلام الاجرة ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس البذر وبشرط قسط الشريك الآخر اى من ليس البذر من قبله لانه يستحق ذلك عوضا عن العمل بالشرط وما لم يكن معلوما لا يستحق شرطا بالعقد وبشرط التخلية بين الارض وبين العامل حتى اذا شرط فى العقد كل ما يمنع به التخلية وهو مثل عمل رب الارض مع العامل لا يصح العقد وبشرط شيوع الحب الحاصل من الارض بينهما يعنى ينبغى ان لا يشترط فيه مقدار معين لاحدهما لجواز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم يبق الشركة على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء الشركة فتفسد ان شرط ما ينافيه اى شيوع الحب الخارج كرفع رب البذر بذره او رفع الخراج ثم قسمة الباقى بينهما لجواز ان لا يخرج من الارض الا قدر البذر

او الخراج فيؤدي الى قطع الشركة وهذا اذا كان الخراج موظفا اما اذا كان الخراج مقاسمة
نحو الثلث او الربع يجوز كما لو شرط رفع عشر وقسمة الباقي والارض عشرية لانه مشاع فلا
يؤدي الى قطع الشركة وكذا تفسد ان شرط كل التبن لغير رب البذر لانه شرط يؤدي
الى قطع الشركة بان لا يخرج من الارض الا التبن ولا ينعقد الحب وصح شرط التبن للآخر
اي لرب البذر فان هذا الشرط مقتضى العقد لان التبن نماء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط
ولا شرط او لم يتعرض للتبن فانه يصح ايضا وهو التبن لرب البذر وقيل التبن بينهما ايضا لان المعتبر
هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولا تصح شركة المزارعة عندهما
الا بشرط ان يكون الارض والبذر لاحد الشريكين والبقر والعمل للآخر لان رب الارض كان
استأجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة
نفسه او يكون الارض وحدها لاحد والبذر والبقر والعمل للآخر لان رب البذر كان استأجر
الارض بجزء معلوم او يكون العمل وحده له اي لاحد والباقي للآخر لان رب الارض كانه استأجر
العامل يعمل بآلته فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب واعلم ان ما يقوم به المزارعة
اربعة وهي الارض والبذر والعمل والبقر وبهذا الاعتبار يصير الاقسام العقلية سبعة لانه
اما ان يكون احد هذه الاربعة فقط لاحد الشريكين كالارض او البذر او العمل او البقر والثلثة
الباقية من الشريك الآخر فهذه اربعة اقسام واما ان يكون اثنان من احدهما واثنان من
الآخر فهذه ثلثة اقسام كما اذا كان الارض مع البذر او مع البقر او مع العمل من احدهما
والباقيات من الآخر فثلثة من الاقسام السبعة صحيحة وهي المذكورة في المتن واربعة منها
فاسدة وقد نظم المصنف رح في هذه بيتا فارسيا **شعر** زمين تنها عمل تنها زمين با تخم اي
عاقل وراي اين سه صورت دان همه نا جائز وباطل وعن ابي يوسف انه اذا كان الارض والبقر
لواحد والبذر والعمل للآخر فهي صحيحة وهي خلاف ظاهر الرواية واذا صحت المزارعة فالخارج
يكون على الشرط لصحة الالتزام والمسلمون عند شروطهم ولا شيء للعامل

ان لم يخرج شئ من الارض لان الشركة فى الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم يخرج شئ فانه يجب اجر المثل للعامل فى الذمة واذا عقدت المزارعة وابى احد المتعاقدين على المضى فى العقد يجبر من ابى عن المضى الا رب البذر فانه لا يجبر على المضى لانه لا يتوصل على الوفاء بالعقد الا باتلاف البذر وفيه ضرر فلا يجبر على ذلك كما لو استاجر اجيرا لهدم داره ثم بدا لصاحب الدار انعدام الهدم لم يجبر على ذلك فكذا هذا فاما اذا امتنع الذى ليس من قبله البذر فانه يجبر على المضى لان الوفاء بلا ضرر يلحقه فان ابى رب الارض والبذر من قبله بعد ما كرب الارض العامل فلا شئ للعامل فى عمل الكرب لان عمله انما يتقوم بجزء الخارج ولا خارج هنا قالوا هذا الجواب فى الحكم لكن فيما بينه وبين الله تعالى يجب ان يسترضى العامل ويعطى مثل اجر مثله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له من الخارج نصيب فاذا اخذ الارض منه فقد غره فيفتى ان يطلب رضاء وان فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نماء ملكه وانما يستحق الاخر بالتسمية وان فسدت يكون النماء كله لرب البذر وللاخر اجر المثل فلو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه ولكن عند ابى حنيفة وابى يوسف ولا يزاد اجر المثل على ما شرط له فى المزارعة لرضاه بسقوط الزيادة وعند محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ وتبطل المزارعة بموت احدهما اى احد المتعاقدين فلو كان دفع الارض الى ثلث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يحصد ومات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يحصد الزرع ويقسم بالشرط وتنقض المزارعة فى السنتين الباقيتين لان فى بقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين حق المزارع والورثة وفى القطع ابطال لحق العامل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار تنتقض المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شئ وتفسخ المزارعة بدين يلحق صاحب الارض يحوج له الى بيعها اى بيع الارض وهذا قبل ان ينبت الزرع ولو نبت ولم يحصد لم يبع الارض فى الدين حتى

يحصد لانه لو بيع الارض فى الدين يؤدى الى بطال حق المزارع اصلا وفى التاخير اضرار بالغرماء لكن ضرر التاخير اهون فيتاخر البيع الى وقت الحصاد فان مضت المدة ولم يدرك الزرع فعلى العامل اجر الارض اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع لان انقضت المدة فقد انتهى العقد الا ان فى قلعه ضرر فلقضينا العقد بالاجرة كما فى الاجارة ونفقة الزرع مثل اجر السقى ونحوه عليهما بالحصص اى على مقدار حقوقهما حتى يحصد لانه عمل فى مال مشترك حتى انتهى العقد بانتهاء المدة واستحقاق العمل على العامل انما كان فى المدة بالعقد ولم يبق كاجر الحصاد ونحوه كالرفاع اى رفع الزرع الى البيدر والدوس والتذرية فانه ايضا عليهما بالحصص فان شرط اجر الحصاد ونحوه فى المزارعة على العامل فسد عند محمد وهذا الحكم عام فى جميع المزارعات غير مختص بصورة انقضاء المدة والزرع لم يدرك وهذا لان المزارعة ينتهى باحصاد الزرع وليس الحصاد من عمل المزارعة فى شئ فكان شرطا مفسدا للعقد وصح هذا الشرط عند ابى يوسف لانه متعارف وهو اختيار مشائخ بلخ وبه يفتى قال شمس الائمة السرخسى وهو الصحيح فى ديارنا واعلم ان الاصل ان كل عمل قبل الادراك كالحفظ والسقى فهو على العامل لان العقد وقع على العمل وكل عمل بعد تمام الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس والرفاع فهو عليهما لان الخارج ملكهما وكل عمل بعد القسمة كالحمل الى البيت فهو على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة قال الفقيه ابوبكر البلخى كان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ بلخ يفتون لجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذه ويقولون بجواز شرط تنقيته والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف

فصل المساقاة

هى لغة مفاعلة من السقى وشرعا دفع الشجر الى من يصلحه بجزء شائع من ثمر الخارج وهى كالمزارعة فى انها باطلة عند ابى حنيفة وعندهما صحيحة والفتوى على قولهما وفى ان شروطها كشروطها مما يمكن وجوده فى المساقاة كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والشركة فى الخارج والتخلية بين الاشجار والعامل واما بيان البذر ونحوه لا يمكن فى المساقاة

وقال الشافعي ومالك رح المساقاة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة وشرط التبعية
عند مالك ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية الا انها يصح بلا ذكر المدة
لان لادراك الثمر وقتا معلوما عادة فصارت المدة معلومة وان تقدم او تاخر فذلك يسير
وتقع العقد على اول ثمر يخرج لانا تيقنا ان العقد يتناول اول الثمر وفيما وراء ذلك يشك
فلا يثبت الا بالتيقن ولو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج
بذرها على ان ما رزق الله في ذلك من بذرها فهو بينهما نصفا ولم يسم مدة جاز استحسانا
وادراك بذر الرطبة كادراك الثمر في انه لا يشترط بيان المدة لان لادراك البذر وقتا
معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة يكون صحيحا
والرطبة لصاحبها ولو دفع الاصول رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها وينقطع
نباتها على ان الخارج بينهما فهو فاسدة لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة
في المساقاة يفسدها اذ لو دفع اصول رطبة نابتة في الارض مساقاة ولم يسم سنة او الاكثر فهذا
على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد
جائز ويقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما يزداد طولا بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزاز معلوما
كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان مدة ادراكها وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وان
طول الزمان اما الرطبة فبخلافه فظهر ما ذكرنا من تفصيل المسائل انه ليس المراد به اذا دفع رطبة مساقاة
لا يشترط بيان المدة وبين لادراك الا بذر الرطبة ولا توجه ان يقال ان الغالب ان البذر فيها غير مقصود بل يحصد
في سنة ستة مرات او اكثر وان اريد البذر يحصد مرة ويترك في المرة الثانية الى ان يدرك البذر ففيها
لا يوجد البدل ينبغي ان يقع على السنة الاولى وذكر مدة لا يخرج الثمرة فيها كما اذا دفع نخلا او شجرا او كرما مساقاة
شهرا معلوما تعلم انها لا يخرج ثمرة في تلك المدة يفسدها لان المقصود الشركة في الخارج وبهذا الشرط يمنع ما هو المقصود
فيكون مفسدا للعقد بخلاف ذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج فيها بل يتاخر عنها فانها لا يفسدها بل جائز
موقوفة فان خرج الثمر في تلك المدة فهو بينهما على ما شرط لصحة العقد فان لم يخرج فيها بل تاخر عن تلك

المدة فللعامل اجر المثل فيعمل الى ادراك الثمر لفساد العقد لانه تبين انهما سميا مدة لا يخرج
الثمار فيها ولو كان معلوما عند ابتداء العقد كان فاسدا فكذا اذا تبين في الانتهاء بخلاف ما اذا
لم يخرج اصلا لانه بما حدث من الآفات لا تبين ان الثمار لا يخرج في المدة المذكورة فلم يتبين المفسد
فبقي العقد صحيحا وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء ولا
تصح المساقاة ان ادرك في بعض النسخ انتهى الثمرة وقت العقد لان الشركة بعد المساقاة
انما تصح فيما يحدث بعمل العامل ويزداد بعمله ولا اثر للعمل بعد الادراك كالمزارعة فانها ان استحصد الزرع
وادرك لا تصح ايضا فان مات احدهما اي ان مات رب الارض والثمر في مدة يقوم العامل عليه وان
كره وارث رب الارض او ان مات العامل فوارثه عليه وان كره رب الارض دفعا للضرر عن الجانبين
ولا تفسخ المساقاة الا بعذر كما ذكر في المزارعة وكون العامل مريضا مرضا يضعفه ولا يقدر على
العمل او كونه سارقا معروفا بالسرقة يخاف منه على شعفه اي غصون النخل قبل الادراك او ثمره
عذر لانه يلزم رب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ ودفع رجل الى رجل فضاء اي ارضا
بيضاء سنين معلومة ليغرس فيها نخلا او شجرا او كرما ويكون الارض والشجر مشتركا
بينهما لا تصح لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض
وان غرسها فاخرجت الثمرة فجميع الثمر والغرس لرب الارض فللآخر اي للغارس قيمة غرس واجر
عمله فيما عمل لانه استاجره بجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على ان يكون اجره نصف
البستان الذي يظهر بعمله وآلته ويكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون
فاسدا ثم الغرس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال
بالارض فيلزم قيمتها مع اجر مثل عمله فيما عمل لانه ابتغى على عمله عوضا ولم يسلم له فيستوجب
اجر المثل وقيل حيلة الجواز في ذلك ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستاجر
صاحب الارض العامل ثلث سنين بشيء قليل ليعمل في نصيبه وفي فتاوى قاضي خان
رجل دفع الارض الى رجل مدة معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان

والاحياء لغة جعل الشيء حيا اي ذا قوة حساسية او نامية وعرفا التصرف في ارض في ارض موات بالبناء او الغرس او الزرع او الكرب

ما يحصل من الاغراس والثمار بينهما

كتاب احياء الموات

هي ارض خراب وخلاف عامر بلا نفع اي تعين زرعها لانقطاع ماءها عنها او لغلبة عليها ونحوه اي مما يمنع الزراعة ولا يعرف مالكها ويشترط عند محمد ان لا يكون مملوكا لمسلم اوذمي مع انقطاع الارتفاق بها لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله ان لا يكون مملوكا لاحد لانه اذا كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا لانه ان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف مالكه فهو لعامة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها بعيدة عن العامر بحيث اذا وقف انسان جهوري الصوت على مكان عال فصاح باعلى صوته لا يسمع صوت ذلك الانسان من اقصاه اي من اقصى العامر فالى اي موضع ينتهي صوته يكون من فناء العمران لان اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعي المواشي او غيره وما وراء ذلك يكون من الموات ان لم يعرف مالكه والبعيد من القرية على ما قال شرط ابو يوسف رح لان الظاهر ان ارتفاق اهلها منه لا ينقطع اذا كان قريبا من القرية وعن ابي يوسف في رواية ان البعيد قدر غلوة وعن محمد يعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية فالحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد يدار الارتفاق وشمس الائمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف من احياه المراد بالاحياء جعله صالحا للثمار والزراعة بعد ان لم يكن كذلك ملكه ان اذن له الامام وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه ومن حجر ارضا التحجير هو الاعلام مشتق من الحجر وهو المنع فان من اعلم في موضع من الموات علامة فكانه منع الغير من احياء ذلك الموضع ثم التحجير قد يكون بوضع الاحجار عليه وقد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها ليمنع الناس من الدخول او حفر فيه بيرا ذراعا او ذراعين ولم يعمرها الى ثلث حجج دفعها الامام الى غيره بعد ما اخذها منه لانه انما دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج

فاذا لم يحصل بدفعه الى غيره ليحصل المقصود وانما شرط ترك ثلث سنين لانه اذا عمل يحتاج الى
ان يرجع الى وطنه وتهيا اسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع الى وطنه
سنة لان دار الاسلام يقطع من ادناها الى اقصاها سنة فلعله انما يحجر في اقصاء طرف دار الاسلام
وبلده في طرف الآخر من دار الاسلام ولاصلاح امره في وطنه سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة
وهذا من طريق الديانة واما في الحكم اذا احياها انسان قبل مضي هذه المدة فهي له لتحقق الاحياء
منه دون الاول ومن حفر بيرا في ارض موات بالاذن من الامام عند ابيحنيفة وبغير اذنه ايضا
عندهما فله حريمها للعطن والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وبير العطن هي التي
ينزح الماء منها باليد والناضح هو البعير وبير الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير وانما يضاف
ليفرق بين ما يسقى منه باليد وما يسقى منه بالناضح اربعون ذراعا من كل جانب
لان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع ببيره الا بما حولها فانه يحتاج
الى ان يقف على شفير البير ليسقى الماء والى ان يبنى على شفير البير ما يركب
عليه البكرة والى ان يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع يقف فيه المواشي
عند الشرب والى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب والى موضع
القيام واستحقاق الحريم لذلك وقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل اربعون ذراعا
من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع وفي القول الاصح اربعون ذراعا من كل جانب
والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصف بالمكسر لانه نقص
بقبضة من ذراع الملك وهو من بعض الاكاسرة لا لكسرى الاخير اذ كان ذراعه سبع
قبضات كل قبضة اصابع وهذا عند ابيحنيفة وعندهما حريم بير الناضح ستون ذراعا
والحريم للعين خمسمائة كذلك اي من كل جانب في القول الاصح وعند بعضهم خمسمائة
ذراع من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا ومنع غيره من الحفر فيه اي
في حريم البير لان حريم البير صار مملوكا لصاحب البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فلم يكن

عه عادة كل ست قبضة كل قبضة اربعة اصابع و نهاية

قالا لان حريم الناضح ستون

وعن محمد رحمه الله مقدار ما الحبل البير ولو اكثر من سبعين

ويفتى بقول ابي حنيفة رحمه الله كذا في التتمة ١٢ قهستاني

ان يتصرف في ملكه فان حفر آخر بيرا في حريم الاول فللاول ان يسد ما حفره الثاني ولا يضمنه النقصان وللاول ان يأخذ بكبس ما حفره وقيل يضمن النقصان ثم يكبسه بنفسه وهذا هو الصحيح وان حفر الثاني بيرا في غير حريم الاول بل في منتهاه قريبا منه فذهب ماء بير الاول وعرف ان ذهاب ذلك من البير الثاني فلا شيء عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصم في تحويل ماء البير الى بيره فله اى فللثاني الذى حفر في منتهى حريم الاول الحريم من ثلثة جوانب دون جانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه وللقناة اى مجرى الماء تحت الارض حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انها بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما واما عنده فلا حريم لها ما لم يظهر الماء على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء هي بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ومن كان له نهر في ارض غيره فعند ابي حنيفة لا حريم للنهر الا ان يقيم بينته على ذلك وقالا له مسناة نهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه وموضع الخلاف ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما ولا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما واما اذا كان لاحدهما عليه غرس او طين يلقي عليه فصاحب الشغل اولى به بالاجماع لانه صاحب يد ثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما انه اذا كان على المسناة اشجار ولا يدري من غرسها فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما لرب النهر وثانيهما ان ولاية الغرس على المسناة لرب الارض عنده واما عندهما لرب النهر والقاء الطين قيل على هذا الخلاف وقيل ان لرب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح وان اراد ان يمر عليها صاحب النهر فقيل له ذلك والاشبه ان لا يمنع اذا لم يكن فيه ضرر قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس قال الفقيه ابو جعفر الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق

فصل الشرب

بالكسر لغة نصيب من الماء شريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب

والشفة شرب بني آدم والبهائم يقال هم اهل الشفة اي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا
دوابهم ولكل واحد من الناس حقها اي حق الشفعة وحق السقي للدواب والشفة ان كانت تاتي
على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وما يردها من الابل والمواشي كثيرة ينقطع الماء بشربها قيل لا
يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت وقال اكثرهم له ان يمنع ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء
وغسل الثياب في الصحيح ان لم يخف تخريب النهر لكثرة الدواب بكسر صفته في كل ماء لم يحرز اما اذا
احرز صار مملوكا له فانقطع حق غيره عنه ولو كان البير او العين او الحوض في ملك رجل فله
ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب هذه الماء في غير ملك
احد وان كان لا يجد ذلك يقال لصاحب النهر اما ان يخرج الماء اليه او يتركه لياخذ بنصيبه و
لكل واحد حق الشرب في كل ماء ونصب الرحى الا اذا اضر العامة فح لا يكون له ذلك دفعا للضرر
عنهم او الا اذا اخص النهر بغيره اي دخل ماءه في المقاسم جمع مقسم يقال النهر له مقسم كان اراد
موضع القسمة وهو موضع السكر المعهود كالانهار المملوكة والابار والعيون والحاصل ان المياه
اربعة انواع الاول ماء البحار ولكل واحد فيها حق الشفة وسقي الارض حتى ان من اراد ان يكري
منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع من ماء البحر كالانتفاع من الشمس والقمر والهواء
والثاني الاودية العظام كجيحون نهر ترمذ وسيحون نهر خوارزم ودجلة نهر بغداد فللناس فيه
الشفة على الاطلاق وحق سقي الارض بان احيى واحد ارضا ميتا وكرى منه نهرا ليسقيها
ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون في ملك احد فله ذلك وان كان يضر بالعامة فلا يكون ذلك
وعلى هذا نصب الرحى عليه فشق النهر للرحى كشقه للسقي الثالث اذا دخل الماء في المقاسم
اي مقسم فحق الشفة ثابت وان اراد رجل ان يسقي بذلك الماء ارضا لاهل النهر منعه عنه ضربهم او لا
والرابع الماء المحرز في الاواني وهو مملوك للمحرز وانقطع حق غيره عنه كالصيد الماخوذ والانهار ثلثة
نهر غير مملوك لاحد وهو عام من كل وجه لم يدخل ماءه في القسمة اي لا يمكن ذلك كجيحون ونحوه فانه
لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوم لقوم ويوم للاخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا

عام من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة وهو خاص من كل وجه والفاصل
بينهما استحقاق الشفعة وعلى ومؤنة كرى نهر لم يملك ولم يدخل ماؤه في المقاسم على السلطان من بيت
المال لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لمصالحهم فان لم يكن فيه اي
في بيت المال شيء فعلى العامة يجبر السلطان على كريه الا انه يخرج لهم من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم ومؤنة كرى نهر ملك ودخل ماؤه
تحت القسمة سواء كان عاما من وجه او خاصا من كل وجه على اهله لا على بيت المال
من اعلاه اي من اوله لا من اسفله ومن جاوز الذين يكرون من ارضه برئ من الكرى
ولم يكن عليه كرى باقي النهر وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما مؤنة الكرى عليهم جميعا من
اوله واخره بحصص الشرب والارضين بيانه ان شركاء النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكرى
على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل
الى اخر النهر عنده وعندهما المؤنة عليهم اعشارا من اول النهر الى اخره وبقول ابي حنيفة
اخذ والى الفتوى ثم انما يبرئ عن الكرى اذا جاوز حد ارضه كما ذكرنا وهو الاصح وزعم
بعض مشائخنا ان الكرى اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة واذا
جاوز الكرى ارض رجل سقط عنه مؤنة الكرى قيل هل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه قيل له
ذلك لان الكرى قد انتهى في حقه وقيل ليس ذلك ما لم يفرغ الشركاء من الكرى وللتحرز عن
هذا الخلاف جرى الرسم ان ياخذ في الكرى من اسفل النهر او يترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفل
وليس على اهل الشفعة شيء من الكرى وصح دعوى الشرب بلا ارض استحسانا والقياس انه لا يصح
لان شرط الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول لا يقبل الاعلام و
وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا او وصية وقد يباع الارض بدون
الشرب وهو مرغوب فيه منتفع به فيصح فيه الدعوى وان اختصم قوم في شرب من النهر
بينهم لهم عليه اراض قسم الشرب بقدر اراضيهم لان الظاهر ان حق كل منهم من

الشرب بقدر ارضه وان كان الاعلى يريد ان يسكر النهر منع الاعلى من سكر النهر اى سده على الاسفل لان في السكر قطع منفعة الماء عن الاسفل وان لم يشرب الاعلى بدونه اى بدون السكر الا برضاءهم بان اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته او توافقوا على ان الاعلى يسكر النهر ويفهم من قوله منع الاعلى ان للاسفل سكر النهر بلا رضاءهم وينبغى ان لا يكون له ذلك لانه يحتمل ان يضر سكر النهر من الاسفل للاعلى ومنع كل منهم اى من الشركاء من نصب رحى ماء عليه ونحوه كالدالية وهى جذع طويل وقد سبق ذكرها كالسانية وهى البعير الذى يستقى عليه ويقال للدلو مع ادواته سانية وكالجسر وهو ما يتخذ من الخشب والالواح يوضع ويرفع وكالقنطرة وهو ما يتخذ من الاجر والحجر فيكون موضوعا دائما ولا يرفع الا ان يكون ذلك في ملكه بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكا له والآخر حق المسيل بحيث لا يضر بالنهر بكسر الضفة ولا بالماء بان يتغير عن سنته التى يجرى الماء عليه ومنع كل واحد من الشركاء من التغير كما وقعت عليه القسمة مما كان قديما كتوسيع فم النهر وكالقسمة بالايام بعد ما كانت بالكوى وهى مفاتح الماء الى المزارع او الى الجداول جمع كوة هى وزن البيت استعيرت لثقب الماء وكذا اذا اراد ان يؤخر الكوى من فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر الى اسفله ليس له ذلك التغير لان الماء يحتبس في ذلك المكان فيزداد دخول الماء عليه ولو اراد ان يسفل كوة اى يجعلها اعمق مما كان او يرفعها الى وجه الارض له ذلك في الاصح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة وكسوق شربه الى ارض له اخرى لم يكن له في ذلك النهر شرب فيما مضى والشرب مما يورث لانه قد يملك بالارث ما لم يملك بسائر اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر فانها يملك بالارث فكذا الشرب ويوصى بالانتفاع به لان الوصية اخت الميراث ولا يباع الشرب بلا ارض في ظاهر الرواية وهو القياس لانه بيع المعدوم فانه لا يدرى ان الماء يجرى في الوقت الثانى ام لا الا عند مشائخ بلخ فانهم يجوزون بيع الشرب لان اهل بلخ تعاملوا وتعارفوا بذلك لحاجتهم

والقياس يترك بالتعامل وقيل اذا باع الشرب بمجاريه جاز وتصير الماء تبعا للمجرى وكذا الاجارة والهبة اي ولا يوجر شرب ولا يوهب لما ذكرنا ومن سقى ارضه من شرب غيره يضمن هذا اختيار امام فخر الاسلام وعلى رواية الاصل لا يضمن وهو قول الامام المعروف بخواهر زاده وذكر في خزانة المفتين ان كان لرجل شرب يوم فجاء انسان وسقى بهذا الشرب ارض نفسه الاصح انه لا يضمن لان الماء قبل الاحراز بالاواني لا يصير مملوكا فقد تلف ما ليس بمملوك لغيره لا يضمن من سقى ارضه فسال من مائها الى ارض جاره فنزت او غرقت ارض جاره من هذه الماء قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا لا يتحمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا يتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره

كتاب الوقف

الوقف في اللغة مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل هو للموقوف وقف تسمية للمصدر وفي الشريعة عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء على وجه من وجوه الخير ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف عنده اصلا والاصح انه جائز اجماعا الا انه غير لازم عنده فيرجع عنه ويباع ويوهب ويورث كالعارية فينتفع به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وعندهما هو حبس العين على ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى فيلزم ولا يوهب ولا يورث كالمسجد يصير ملكا لله تعالى ضرورة حصول ما قصده وهو كونه مصلى للمسلمين على الدوام وقيل الفتوى على قولهما فلا يزول ملك الواقف عن الوقف عند ابي حنيفة رح الا ان يحكم به حاكم لان القاضي اذا قضى في محل مجتهد ينفذ وصورة حكم الحاكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يرجع محتجا بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم فيلزم ولو حكما رجلا فحكم المحكم بلزوم الواقف فالصحيح انه لا يرتفع الخلاف وللقاضي ان يبطله او علقه بموته بان يقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا يكون لازما بالاجماع والا في مسجد بنى وافرز اي ميزه عن ملكه

المتصل به بطريقه بان يجعل له طريقا عاما للمسلمين وانما شرط لزوال الملك الافراز لان المسجد
لابد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا اى مختصة لله تعالى
ولا يخلص لله تعالى الا به واذن للناس بالصلوة فيه بان يقول للناس صلوا فيه ابدا حتى لو قال صلوا
يوما او شهرا او نحوه فصلوا لا يزول ملكه وصلى فيه واحد وشرط الصلوة فيه لان التسليم شرط عند
ابى حنيفة ومحمد رح فى الاوقاف كلها غير ان التسليم كل شئ بحسب ما يليق به وهو فى المسجد بالصلوة
فيه ثم يكفى بصلوة الواحد فى رواية عند ابيحنيفة ومحمد كما ذكر الخصاف وفى رواية
يشترط الصلوة بالجماعة وهو الصحيح كذا فى الكافى وقال ابو يوسف يزول ملك الواقف
بقوله جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط عنده وعند محمد رح تسليمه الى المتولى
وقبضه شرط لزوال ملك الواقف ولزوم الوقف لان زوال الملك لصيرورته حقا خالصا
لله تعالى انما يثبت فى ضمن التسليم الى العبد كالصدقات والزكوة فانها يكون ملكا لله تعالى
بواسطة كونها ملكا للفقراء لان التمليك منه لا يتحقق قصدا لان ما فى ايدينا ملكه تعالى
على الحقيقة فالوقف يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى وعند ابى يوسف يزول
ملك الواقف بنفس القول لان الوقف شرط لاسقاط ملك الواقف عن العين لا للتمليك
فيصح تفريع على قول ابى يوسف عنده وقف المشاع خلافا لمحمد لان التسليم والقبض
عنده شرط والقبض لا يتم فى المشاع الا بالقسمة لان القبض ان يصير الشئ فى حيز القابض
ويده من كل وجه والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه واما
عند ابى يوسف رحمه الله تعالى فالوقف اسقاط الملك والشيوع لا يمنعه و
الفتوى على قوله والخلاف فى مشاع يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل
القسمة كالحمام الصغير فيصح مع الشيوع عند محمد رح ايضا
و فى المسجد والسقاية والمقبرة لا يصح مع الشيوع عند ابى يوسف رح
وصح عنده جعل الواقف تمام الغلة او بعضه لنفسه فى حال حيوته وبعد

موبد للفقراء وعند محمد لا يصح لان التسليم عنده شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وشرط

الغلة لنفسه ينافي ذلك والفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وكذا اذا

جعل الولاية لنفسه مادام حيا صح الوقف والشرط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح فانه لا يجوز

الوقف عنده الا مقبوضا مسلما فاذا سلم فليس له الولاية بوجه من الوجوه وصح عنده شرط ان

ان يستبدل به ارضا اخرى خيرا منه او مثله اذا شاء وعند محمد الشرط باطل والوقف

جائز والآن لا يفتى بصحة الاستبدال لما فيه من الفساد وصح عند ترك ذكر مصرف مؤبد

حتى لو وقف على جهة ينقطع يصح عنده فاذا انقطع صرف الى الفقراء وان لم يسمهم ومحمد رح

شرط التابيد فقال اذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يصح اذا لم يجعل آخره للمساكين وقيل

قول ابي حنيفة كقول محمد والصحيح ان التابيد شرط على قول محمد ولكن ذكره ليس بشرط عند ابي يوسف

لان قوله وقفت يقتضي الازالة الى الله تعالى وهذا مقتضى التابيد فلا حاجة الى التابيد

وعند محمد يشترط ذكر التابيد لانه تصدق بالمنفعة والغلة وهذا قد يكون موقتا وقد يكون

موبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص عليه وصح عند محمد وقف منقول فيه

تعامل بين الناس كالمصحف ونحوه كالكتب والكراع والسلاح والفاس والقدوم والمنشار والجنازة

وثيابها وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى وعليه الفتوى وعامة المشايخ

وعن ابي يوسف انه لا يجوز في غير الكراع والسلاح وان كان المنقول شيئا لم يجر التعارف بوقفه

كالثياب والحيوان لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح كل ما يجوز الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز

بيعه يجوز وقفه ولا يملك الوقف ولا يملك بعد الصحة لانهما ينافيان المقتضى الوقف وبعض

المتاخرين جوزوا بيع الوقف اذا خرب لعمارة الباقي والاصح انه لا يجوز فان الوقف لا يقبل الملك كالحر

لا يقبل الرقية لكن يجوز قسمة وقف المشاع عند ابي يوسف نظرا الى ان القسمة تمييز وافراز

غاية الامر ان الغالب في قسمة غير المكيلات والموزونات معنى المبادلة الا انه جعل الغالب

في الوقف معنى الافراز لا المبادلة لان الشركة في الاعيان عيب وازالة العيب فالقسمة

يكون

---

١٤٤ لا فيكون وقفا ... (marginal glosses, partly illegible)

شرح نقاية — قهستاني

يكون نظر الواقف وعند ابي حنيفة اذا قضى القاضي بجواز وقف المشاع نفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة لا يقسم ويتهايئون ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك بينه وبين غيره فهو الذي يقاسم شريكه عند من يقول بالقسمة وان كان الارض كلها له ووقف بعضها فالقاضي يقاسم مع الواقف واجمعوا على ان الكل لو كان وقفا على ارباب فارادوا القسمة لا يقسم ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك او لم يشترط ان وقف على الفقراء وما فضل منها يقسم على الفقراء وان كان وقف على رجل معين يمكن مطالبته بالعمارة واخره للفقراء فهي اي عمارته في ماله اي مال ذلك الرجل المعين اي مال شاء يطالب في حال حيوته ولا يحبس شئ من الغلة ولا يأخذ منه فان امتنع من العمارة او كان فقيرا اجره اي الوقف الحاكم وعمره باجرته ثم ان عمر رده الى مصرفه رعاية للحقين ولا يجبر الممتنع على العمارة لان في العمارة اتلاف ماله ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك لها ونقضه النقض بضم النون وقيل بكسرها البناء المنقوض اي نقض الوقف وما انهدم من بنائه يصرف الى عمارته ان احتاج او يدخر الى وقت الحاجة اليها ان استغنى عنه وان تعذر صرفه اليها اي الى العمارة بيع وصرف ثمنه اليها صرف للبدل الى مصرف المبدل ولا يقسم نقضه بين مصارفه اي بين مستحقيه لانه جزء من العين وحقهم في الانتفاع دون العين والعين حق الله تعالى او حق الواقف

كتاب الكراهية

هي في اللغة مصدر كرهت الشئ كراهة وكراهية فهو مكروه اذا لم ترده ولم ترضه وكل ما كره في الشرع حرام عند محمد رح ولكن لم يلفظ به ولم يطلق عليه لفظة الحرام لعدم وجدان النص القاطع فيه فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض وعندهما ما كره الى الحرام اقرب وهذا في المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فهو الى الحلال اقرب الاكل على مراتب فرض يوجر عليه ويأثم بتركه ان دفع به هلاكه

لانه لابقاء البنية ليتمكن به من اداء الفرائض فان ترك الاكل حتى هلك فقد عصى وكل
ماجور عليه وهو ما زاد عليه بان امكنه من اداء صلاته قائما ومن صومه قال عليه السلام المؤمن
القوي احب الى الله تعالى من المؤمن الضعيف ومباح وهو ما زاد على ذلك الى الشبع ليزيد قوته ولا اجر
فيه ولا وزر ويحاسب على ذلك حسابا يسيرا ان كان من حل وحرام وهو ما زاد على الاكل فوقه اي فوق الشبع لانه تبذير
واسراف الا ان قصد قوته على صوم الغد او لئلا يستحيي ضيفه ولا يجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء
الفرائض واما تجويع النفس على وجه لا يعجزه عن اداء العبادة فهو مباح والشاب الذي يخاف الشهوة لا بأس بان
يمتنع عن الاكل ليكسر الشهوة بالجوع على وجه لا يعجز عن اداء العبادات وحل استعمال الاناء المفضض للاكل والشرب فيه
عند ابي حنيفة وكذا الركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والاناء المفضض
وكذا اذا جعل ذلك في السيف وحلقة المرآة او اللجام او الركاب او الشعر ونحو ذلك اذا كان المستعمل متقيا
موضع الفضة اي لا يكون الفضة في موضع اليد عند الاخذ وفي موضع الجلوس على الكرسي والسرير على هذا
القياس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقال محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف فصار عن محمد روايتان
هذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع وحل استعمال آنية الاحجار كالبلور والعقيق وقال
الشافعي يكره ولا يحل استعمال الذهب والفضة للرجال لان النبي عليه السلام خرج من بيته وباحدى يديه فضة وبالاخرى ذهب
فقال هذان حرامان على ذكور امتي وحل لنسائهم والفضة بمعنى الذهب الا استعمال خاتم ومنطقة وحلية سيف منها
اي الفضة فقد كان النبي عليه السلام لبس خاتما من فضة نقشه محمد رسول الله وقال بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب
واستعمال مسمار ذهب في الخاتم لانه تابع للفضة واما الاكل والشرب والادهان والطيب من اناء الفضة
والذهب لا يحل للرجال والنساء وكذا الاكل بملعقة من احدهما وما اشبه ذلك ولا يتختم بحديد
فان النبي عليه السلام رأى على رجل خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار
فامره بالرمي وصفر فانه عليه السلام رأى على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك
رائحة الاصنام فامره فرمى به وحجر ومن الناس من اطلق في اليشب واليه مال شمس الائمة
السرخسي فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه الصلوة والسلام كان يتختم بالعقيق ولانه

يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر ولو كان الحلقة من الفضة والفص من الحجر يجوز ولا يحل
ان يلبس رجل حريرا الا قدر اربعة اصابع مضمومة لا منشورة لانه عليه السلام كان يلبس
جبة مكفوفة بالحرير ويحل الحرير للنساء وقال بعض الفقهاء يحل للرجل ايضا وقال بعض الفقهاء هو
حرام عليهما وفي السير الكبير ان العلم حلال سواء كان صغيرا او كبيرا وحل ان يتوسده اي الحرير ويفرشه و
ينام عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وكذا الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب وكذا احل
للرجل ان يلبس في الحرب وغيره ما سداه من ابريسم ولحمته غيره كالقطن مثلا لان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز اسم ثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وحل
عكسه اي ما لحمته ابريسم وسداه غيره في الحرب فقط لضرورة دفع السلاح وفيه رعب
في قلوب الاعادي ويكره في غير الحرب واعتبروا اللحمة في الحل دون السدى لان الثوب بالنسج يصير
ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى اخر الامرين وهو اللحمة لما عرف ان العبرة في الحكم
لاخر الوصفين فيجعل اللحمة اصلا في الاباحة والتحريم وكره الباس الصبي ذهبا او حريرا لان النص
جعل لبسهما حراما على الذكور فكان الالباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيها
للصبي حراما وينظر الرجل من كل بدن الرجل والمراة من المراة والرجل سوى ما بين السرة
الى الركبة قال عليه الصلوة والسلام عورة الرجل ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وهذا
يبين ان السرة ليست بعورة بخلاف ما يقول الشافعي رح انها عورة والركبة عورة خلافا له
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر واعلم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل
كما ذكرنا والمراة الى المراة والمراة الى الرجل ونظر الرجل الى المراة وهو اربعة نظر الرجل الى
زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية ثم حكم العورة
في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى من راى غيره مكشوف الركبة
ينكر برفق ولا ينازعه ان لج وان راه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج
وان راه مكشوف السوءة امره بستر العورة وادبه على ذلك وان لج وما يباح النظر

اليه من الرجل يباح مسه فان ما ليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه وينظر المرأة من المرأة ومن الرجل محرما كان او لا سوى ما بين السرة الى الركبة وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها الى النظر الى ظهرها وبطنها والاول اصح وينظر الرجل من محرمة بنسب او رضاع او مصاهرة ومن امة غيره الى وجهها وراسها وساقها وعضدها وكل ما وراء الظهر والبطن والفخذ وكما يجوز النظر الى هذه المواضع يباح المس وانما يباح النظر والمس اذا امن الشهوة على نفسه وعليها اما اذا خاف الشهوة على نفسه او عليها فلا يحل له ذلك ويحل ان يخلو ويسافر بمحرمة فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امن الشهوة فان خاف على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فيجتنب عن ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا فان لم يمكنها يتكلف بالثياب لئلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن نفسه بقدر الامكان وينظر الرجل من الحرة الاجنبية الى الوجه والكفين لانها يحتاج الى ابداء وجهها في المعاملة مع الرجل والى ابداء كفيها في الاخذ والاعطاء ومواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يباح الى قدميها ايضا وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا وهذا اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى شيء منها وكذا اذا شك في الاشتهاء وكان اكثر رايه ذلك ولا يحل ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة وهذا اذا كانت شابة تشتهى فان كانت عجوزة لا باس بمصافحتها ومس يدها وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها فلا باس ان يصافحها والصغيرة ان كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها وينظر الرجل من السيدة الى الوجه والكفين كالحرة الاجنبية وقال مالك والشافعي نظره اليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه وشرط في حل النظر الامن من الشهوة الا عند الضرورة كالقضاء فان القاضي اذا اراد ان يحكم يجوز ان ينظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي والشاهد اذا اراد الشهادة يجوز له النظر وان لم يامن

الشهوه

الشهوة فان الضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي ان يقصد اداء الشهادة
والحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة واختلفوا فيما اذا دعي الى تحمل الشهادة وهو يعلم انه
اذا نظر اليها اشتهاها فمنهم من يجوز ذلك بشرط ان يقصد تحمل الشهادة والاصح انه لا يحل
ذلك وكذا اذا اراد ان يتزوجها فلا باس ان ينظر اليها على وجه ارادة النكاح وان كان يعلم انه
يشتهيها وكذا المشتري عند ارادة الشراء للجارية يجوز له النظر اليها وان يامن الشهوة وكلما يباح النظر
اليها يباح مسه منها اذا امن الشهوة على نفسه وعليها وكذا في المبسوط وذكر في المختصر ولا باس بان يمس
ساقها وصدرها او ذراعها او ينظر الى ذلك كله مكشوفا وقال الشافعي ومشائخنا يباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهى ولا يباح المس اذا اشتهى لان اباحة النظر ليعلم قدر المالية
وهو يصير معلوما بالنظر بدون المس وكذا الطبيب ينظر الى موضع المرض لارادة المداواة
ولكن ينظر الى موضع المرض من العورة بقدر الضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواة
المرأة لان نظر الجنس احق فان لم يجد امرأة تداوي او لم يقدر على تعلم امرأة وخيف
الهلاك فلا باس بان يستر منها كل موضع سوى موضع المرض ثم تداويها
رجل ويغض بصره ما استطاع الا من ذلك الموضع وكذا ينظر الرجل الى الرجل الى موضع
الاحتقان من الرجل عند الحاجة والخصي الذي ينزع خصياه ونحوه كالمجبوب والعنين
والمخنث كالفحل في النظر الى الاجنبية وقد رخص بعض المشائخ اختلاط مجبوب جف
ماءه بالنساء والاصح انه لا يجوز ذلك وكذا رخص البعض في الترك مع النساء مخنثا
في اعضائه لين وفي لسانه تكسير ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في الردي من الافعال
والاصح ان يقول كل من كان من الرجل فلا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا وينظر الرجل
والمرأة الى كل عضو من يحل بينهما الوطي فينظر الرجل الى فرج زوجته وامته في سائر اعضائها من شهوة
وكذا العكس الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عضو صاحبه حتى كان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى
اللذة وما يحل نظره من الاعضاء المذكورة حل مسه على ما ذكرنا واذا حاضت الامة بشراء وهبة

او وصية او غيرها ولو كانت الامة بكرا او كانت مشترية ممن لا يطأ كما اشترت من امرأة او عبد ماذون او محرم لها غير ذي رحم او كانت الامة من مال صبي وباعها ابوه حرم عليه وطيها ودواعيه كالقبلة واللمس والمعانقة والنظر الى فرجها بشهوة حتى تستبرئ اي تطلب براءة رحمها وعن ابي يوسف رح انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء بحيضة كاملة ولا يجزئ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وعن ابي يوسف انه اذا طهرت من هذه الحيضة فله ان يطأها بعد القبض فلا يجزئ بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غير ذلك من اسباب الملك وقبل القبض خلافا لابي يوسف فيمن تحيض والاستبراء بشهر في ذات شهر ممن لا تحيض من صغر او كبر لان الشهر قائم مقام الحيض وبوضع الحمل في الحامل فان العدة تنقضي بوضع الحمل فلان تنقضي به مدة الاستبراء اولى وان ارتفع حيضها بان صارت ممتدة الطهر فهي ممن تحيض يتركها حتى تبين انها ليست بحامل ثم وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية الا ان مشائخنا قالوا تبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر وكان محمد رح يقول استبراءها باربعة اشهر وعشرة ايام ثم رجع وقال استبراءها بشهرين وخمسة ايام والفتوى عليه ورخص حيلة اسقاطه اي اسقاط الاستبراء عند ابي يوسف وقال محمد يكره والماخوذ قول ابي يوسف ان علم عدم وطي بايعها في هذا الطهر وقول محمد فيما اذا علم انه وطيها وهي ان لم تكن تحته اي المشتري حرة ان ينكحها ثم يشتريها ويقبضها ولا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت عليها الفراش ولا يلزم الاستبراء ثم اذا اشترى زوجته لا يجب ايضا وان كانت تحته اي المشتري حرة ان ينكحها البائع الشخص الاخر قبل الشراء او بعد الشراء قبل القبض ثم يشتري في الصورة الاولى او يقبض المشتري في الصورة الثانية ثم يطلق الزوج في الصورتين قبل الدخول ولا يلزم الاستبراء في الصورتين اما في الصورة الاولى فلانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطيها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل للمشتري وح لم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء واما في الصورة الثانية فلان الاستبراء يجب بعد القبض وح لا يحل الوطي

لانها منكوحة الغير فاذا حل بعد طلاق الزوج ولم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء
ومن فعل بشهوة احدى دواعي الوطي كالقبلة واللمس مثلا بامتين لا تجتمعان نكاحا كالاختين
اوام وبنت اوكانت احدهما عمة الاخرى اوخالتها حرم عليه وطيهما بدواعيه حتى يحرم احدهما
على نفسه بان باعها او اعتقها اونكحها اوغير ذلك ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخرى وكره تقبيل فم الرجل او يده او شيئا منه وعناقه في ازار واحد وهي قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة قال ابو منصور المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة واما على وجه البر والكرامة في المرء قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واما اذا كان
عليه قميص او جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الصحيح ورخص بعض المتأخرين بتقبيل يد العالم
او المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان ان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره
لا يرخص فيه قال صدر الشهيد هو المختار وما يفعل بعض الجهال من تقبيل يد نفسه اذا
لقي غيره مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام
والفاعل والراضي به اثمان وذكر صدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد التحية
دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر ولا باس
بالمصافحة لانها سنة قديمة واما القيام لتعظيم الغير ففي الشيخ ابي القاسم الحكيم انه اذا دخل عليه احد من
الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني
التعظيم فاذا تركت تعظيمهم تضرروا ولا يطلب الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب
السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه وكره بيع العذرة وهي رجيع الادمي خالصة لانه نجس العين
وعن ابي حنيفة انه لا باس بالانتفاع من العذرة الخالصة وصح بيعها مخلوطة بالتراب او الرماد
فما المخلوطة مال متقوم يجوز بيعها والانتفاع بها بالقائها في الاراضي وصح بيع السرقين بالكسر
معرب سرگين وقال الشافعي رح لا يصح قال الشيخ ابو منصور كل ما انفصل من الادمي لا يجوز الانتفاع
به نحو الظفر والشعر والعذرة واما ما انفصل من غير الادمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع

به وصح خصاء البهائم وخصاء الهرة اذا كان فيه منفعة او دفع ضرر ولا باس بكى الاغنام وكى الصبيان اذا كان الداء اصاب الصبيان ولا يصح خصاء الادمى لانه لا يتعلق به منفعة مشروعة ولهذا كره اكتساب الخصى لان كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان وصح انزاء الحمير على الخيل لانه عليه الصلوة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو كان هذا الفعل مكروها لما فعل لان فيه فتح بابه وصح سفر الامة وام الولد بلا محرم بل مع الاجانب قالوا هذا فى زمانهم لغلبة الصلاح واما فى زماننا فلا لغلبة اهل الفساد وصح بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان العصير يصلح لامور شتى وهو ما بعينه ليس آلة الفساد وانما يكون بتغيره بخلاف بيع السلاح فى ايام الفتنة لان عينه آلة للشر بلا تغير وكره استخدام الخصى لان فيه تحريض الناس على هذا الفعل وكره اقراض بقال شيئا ياخذ منه اى من البقال ما شاء ومعنى المسئلة ان رجلا فقيرا له درهم يخاف التلف لو كان فى يده وليس له فلوس حتى يشترى بها ما يحتاج اليه من الحوائج كل ساعة فيعطى الدرهم للبقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه بحسابه جزاء فجزاء حتى يستوفى ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا راجع الى قرض جر فيه نفعا وهو مكروه وينبغى ان يودعه ثم ياخذ منه ما شاء فان ضاع فهو وديعة فلا شئ عليه لانه لم يقرضه وانما اودعه وكره اللعب بالنرد والشطرنج فان قامر فهو حرام بالاجماع وان خلا عن القمار فهو حرام ايضا لكونه عبثا لقوله عليه الصلوة والسلام كل لعب حرام واباح الشافعى الشطرنج فان قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته وان لم يقامر به وكان متاولا فيه قبلت الشهادة ولم ير ابو حنيفة باسا بالسلام عليهم لشغلهم عما فيه وكره ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم حيث اسقطهم عن درجة السلام وكره الغناء للناس لانه ينصرهم على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولا تمنع عادة عن المجاوزة والكذب وان كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا باس به وكذا كل لهو كالضرب بالقصب والمزامير وغير ذلك وجعل الغل فى عنق عبده وهو معتاد بين الظالمين قالوا هذا فى زمانهم عند قلة الاباق اما فى زماننا فلا باس له لغلبة الاباق خصوصا فى الهنود بخلاف التقليد

لتقليد فانه سنة المسلمين فى السفهاء والمفسدين وكره احتكار قوت البشر والبهائم
الاحتكار حبس الطعام للغلاء والتخصيص بالقوت قول ابي حنيفة وعليه الفتوى وقال ابو يوسف كل
ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا ومدة الحبس قيل مقدر باربعين
يوما وقيل بالشهر وهذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن ياثم وان كان المدة قصيرة ويجب بامره
بيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم يفعل ذلك عزره والصحيح ان القاضي يبيع اذا امتنع ان تلقا
فى بلد يضر باهله بان كان البلد صغيرا فاما اذا كان لا يضر بان كان البلد كبيرا فلا باس به والحاصل ان
التجارة فى الطعام غير محمود اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس
اما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود لان الكاسب حبيب الله تعالى لا يكره احتكار غلة ارضه
لان ذلك خالص حقه لا حق لاحد فيه فلم يكن فى الحبس مبطلا لحقهم ولا غلة مجلوبة من بلد
اخر عند ابي حنيفة لان حق العامة يتعلق فيما فى المصر وما جلب الى فنائها فاما فى غير ذلك
لا باس به وقال ابو يوسف يكره مطلقا وقال محمد كل بقعة يجلب منها الى المصر فى العادة
فهو بمنزلة فناء المصر فيحرم الاحتكار فيها ويكره تسعير الحاكم على الناس الا اذا تعلق
به دفع ضرر العامة بان تعدى الارباب عن قيمته تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف ما
يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فلا باس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة ومن باع بما قدره الحاكم صح لانه ليس بمكره
ومن تعدى عن ذلك وباع بالثمن فوقه لم يبطل القاضي البيع وهذا واضح على قول
ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر فى ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما
لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يحجر على قوم باعيانهم وقال مالك يلزم الحاكم التسعير
عام الغلاء وقيل قول فرد كيف ما كان بعد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا او عبدا
مسلما كان او كافرا رجلا او امرأة فى المعاملات لمساس الحاجة الى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وكون المميز العاقل من اهل الشهادة فى الجملة والعدل لا يوجد فى كل

موضع من المعاملات الوكالة والمضاربة والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات فان قال عبد او امة ارسلني مولاي اليك هدية او قال اذن لي في التجارة يقبل قوله فان قال عبد كافر ارسل يشتري لحما اشتريت اللحم من مسلم او كتابي يهودي او نصراني حل اكله وان كان اشتريت من مجوسي حرم اكله لان الظاهر انه ذبيحة المجوسي وشرط المسلم العدل في الديانات لانها لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فلا يقبل الا قول المسلم العدل ولا يقبل فيها المستور في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها كالخبر عن نجاسة الماء حتى اذا اخبر بنجاسة الماء مسلم عدل لم يتوضأ به ويتيمم وفي قول الفاسق والمستور تحرى فان كان اكثر رأيه انه صادق يعمل به وان كان اكثر رأيه انه كاذب لا يعمل الترجيح جانب الكذب بالتحري كتاب الاشربة هي لغة جمع شراب وهو كل ما يشرب من المايعات ومراد الفقهاء بها ما حرم منها وكان مسكرا حرم الخمر وهي نيئ من ماء العنب اذا غلا بان صار اسفله اعلاه واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار وقذف بالزبد اي رماه وازاله فانكشف عنه وسكن وتميز الصافي من الدرد وهذا عند ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد وقال بعض الناس كل مسكر خمر لان الخمر ما خامر العقل وكل مسكر فهو مخامر العقل ولكنا ان الاسم للنيئ من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة باتفاق اهل اللغة وسمي خمرا لتخمره اي لشدته وقوته فان لها قوة وهذا ليس لغيرها الا لمخامرة العقل وما ذهب انه سمي بها لمخامرة العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل سمي خمرا فان الفرس الذي يكون احد شقيه ابيض والآخر اسود سمي ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا القارورة سمي بها لمعنى القرار ولا يسمى دن بها لقرار الماء والحاصل ان القياس لا يجوز في اللغة ووجه التسمية لا تطرد وقد حقق في موضعه ثم عين الخمر حرام وان قلت ومن الناس من انكر حرمة عينها وزعم ان السكر منها حرام فذلك باطل مخالف للكتاب والسنة والاجماع فكان انكار حرمة عينها كفرا كالطلاء وهو في الاصل

ما يطلى به عن قطران وغيره ويقال لكل ما خمر من الاشربة طلاء على التشبيه والمراد ههنا ماء عنب طبخ ادنى طبخة فذهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق وقال الاوزاعي هو مباح وهو قول بعض اصحاب الظواهر وبعض المعتزلة وغلظا اى الخمر والطلاء نجاسة كالبول والدم وحرم نقيع التمر اى السكر وهو في الاصل مصدر سكر من الشراب والمراد نىء من ماء الرطب اذا كان مسكرا وقال شريك بن عبد الله هو حلال وحرم نقيع الزبيب النقيع القاء الزبيب ونحوه في الماء لتخرج الحلاوة في الخابية ونقعه اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة واسم الشراب نقيع نيئين اى حال كون السكر ونقيع الزبيب نيئين اذا غلت واشتدت اى الطلاء ونقيع التمر ونقيع الزبيب واشتدت وقذفت بالزبد هذا عند ابي حنيفة وعندهما يكفي الاشتداد كما في الخمر وحرمة الخمر اقوى من حرمة هذه الثلثة لان حرمة الخمر قطعية ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع وحرمة الثلث ثبتت بضرب من الاجتهاد حتى جاز بيعها وضمن متلفها عند ابي حنيفة رح ولا يكفر مستحلها بخلاف الخمر فيكفر مستحلها فقط كما ذكرنا وحل المثلث العنبي وان غلا واشتد صار ا وهو الذي ذهب ثلثاه بالطبخ وبقي ثلثه ثم غلا واشتد وقذف بالزبد وكذا ان صب فيه الماء حتى يرق بعد ما ذهب ثلثاه ثم يطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد ويقذف بالزبد هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي ومالك قليله وكثيره حرام وسئل ابو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل له خالفت ابا حنيفة وابا يوسف فقال لا انهما يحلان للاستمراء والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوي واما اذا قصد به التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وسئل عنه ايكره ذلك وعنه توقف فيه فقال لا احرمه ولا ابيحه وحل نبيذ التمر ينبذ في جرة الماء وغيره اى يلقى فيها حتى يغلي وحل نبيذ الزبيب مطبوخا كل واحد منهما ادنى طبخة وان غلا واشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لم يسكر بلا نية لهو وطرب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي رح حرام واما القدح الاخير المسكر فحرام بالاتفاق وكذا اذا قصد التلهي وحل الخليطان وهو الذي ان يجمع ماء التمر وماء الزبيب وطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي وقال اصحاب الظواهر لا

يحل شرب الخليطان وحل نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا شرب بلا لهو وطرب وفي النوادر عن محمد ان شرب النيء منه بعد ما اشتد لا يحل والشيخ الخسر واني ذكر الفتوى على قول محمد ولا حد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير والذرة والتين والفانيذ والسكر والتوت والكمثرى وغير ذلك سكر او لم يسكر كذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاصح انه يحد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد وقيل على قول ابي حنيفة لا يحل لبن الرمكة كلحمه والصحيح انه لا يحل لان كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد فلا يتعدى حكمه الى النبيذ وحل خل الخمر ولو بعلاج بالقاء شيء فيه كالملح والخل وقال الشافعي التخليل ان كان بالقاء شيء فيه لا يحل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء كالنقل من الظل الى الشمس وايقاد النار بالقرب منه فله فيه قولان واذا صارت الخمر خلا تطهر ما بازائها من الاناء تبعا للخل فاما اعلاه وهو الذي انتقص منه قبل صيرورته خلا قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غلاه بالخل فيتخلل من ساعته وحل الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم هو الجرة الخضراء او كل ظرف معد للخمر وعن ابي عبيدة هي جرار حمر يحمل فيها الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت هو الوعاء المطلي بالزفت وهو القار والنقير وهذه الظروف مختصة بالخمر فلما حرمت حرم النبي صلى الله عليه وسلم استعمالها هذه الظروف فلما مضت مدة اباح النبي عليه السلام استعمالها وحرم شرب دردي الخمر لان فيه اجزاء الخمر ودردي كل شيء بمنزلة صافيه والامتشاط به فانه شيء تصنعه بعض النساء لانه يزيد في بريق الشعر وحرام لانه نوع انتفاع بالخمر فحرم شرعا من كل وجه ولا يحد شاربه اي دردي الخمر بلا سكر فان في الخمر انما يحد بشرب القليل لان قليل الخمر يدعو الى كثيره ولا كذلك في الدردي فان الطباع لا يميل الى شربه بل من يعتاد الخمر يأنف الدردي فصار كغير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر وقال الشافعي يحد بلا سكر

كتاب الذبائح

وهي جمع الذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح بالكسر واما الذبح بالفتح فمصدر ذبح اذا قطع الاوداج حرم ذبيحة اي ما يذبح لم يذكر شرعا اي لم يذكر اسم الله عليها فالتذكية شرط لحل الذبيحة وهي كما توجب حلها توجب طهارتها وان لم يكن ماكول اللحم وما قيل اراد بالذبيحة حيوانا

من شأنه الذبح حتى يخرج السمك والجراد ويتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما ليس بسديد لان المقصود بيان حرمة مذبوح لم يترك شرعا واما مثل السمك والجراد فمعلوم انه لا يذبح وخروج مثل المتردية والنطيحة لا يضر اذ ليس الغرض من هذا الكلام بيان حكمها والذكوة على نوعين ذكوة الضرورة اي حال قدم القدرة وهو جرح اين كان اي في اي موضع كان من البدن وذكوة الاختيار اي حال القدرة فيعتبر محل مخصوص وهو ذبح بين الحلق واللبة وهي المنحر من الصدر وعروقه اي العروق التي تقطع في الذبح اربعة الحلقوم وهو مجرى النفس والمري وهو مجرى الطعام والشراب وهو راس المعدة والكرش والودجان هما عرقان في العنق يجري فيه الدم وقال الشافعي رح يقطع الحلقوم والمري وان لم يقطع الودجان وحل المذبوح بقطع اي ثلث منها اي من هذه الاربعة عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد انه لابد من قطع اكثر كل واحد من هذه الامور الاربعة وعند مالك شرط قطع الكل فلم يجز القطع فوق العقدة لان الذبح حينئذ وقع اعلى من الحلقوم وقيل يجوز وهو بناء على ما ذكر في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وذكر في فوائد الامام الرستغفني من ذبح الشاة عقدة الحلقوم ما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس ايؤكل ام لا فقال هذا القول قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر بل يجوز اكلها بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر وحل الذبح بكل ما قطع الاوداج وانهر الدم مما فيه حدة كالمروة وهي الحجر الذي فيه حدة والليطة وهي قشر القصب الا ان يكون ما فيه حدة سنا وظفرا قائمين اما اذا كان منزوعين يحل الذبيحة بهما عندنا لكن يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح الذبيحة ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ونحن نحمل على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك وكره

اي في الاسفل ... وسطه واعلاه ... قدر طاقته

للجامع الصغير ... الا ترى ان قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق او وسطه او اعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد ان يبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسول

فوق العقدة تقطع اكثر الاوداج وبه افتى الاستاذ السغناقي وقال ان الرستغفني امام معتمد في القول والعمل فلو اخذنا به يوم القيامة اخذنا ... كذا في النهاية ... الرستغفني ... عيني

قهستاني

النحر وهو ان يبلغ السكين النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر وقيل هو ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن عن الاضطراب وكل ذلك مكروه لانه تعذيب الحيوان بلا ضرورة وكره السلخ قبل ان يبرد اى قبل ان يسكن عن الاضطراب وكره كل تعذيب بلا فائدة مثل قطع وجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح ومثل ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع اكثر العروق وان ماتت قبل قطع اكثر العروق لا يحل والحاصل ان كل ما فيه زيادة الالم لا يحتاج اليه في الزكوة مكروه وشرط في الذبح كون الذابح على ملة التوحيد اعتقادا او دعوى سواء كان مسلما فانه على ملة التوحيد اعتقادا او كتابيا فانه يدعى التوحيد ولو كان الكتابي حربيا فحل ذبيحة الكتابي الحربي والذمي والعربي والتغلبي لاطلاق قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتب حل لكم والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل ذبيحته لان الولد يتبع خير الابوين دينا وفيما لا يلحق الزكوة كالسمك يستوى فيه الكتابي والمجوسي وغيرهما ثم انما يحل ذبيحة الكتابي اذا لم يذكر وقت الذبح عزيرا او اسم المسيح اما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل ذبيحة المسلم اذا ذكر غير اسم الله تعالى او امرأة او مجنونا او صبيا يعقل اى يعلم ان حل الذبيحة معلق بالتسمية ويعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج ونحوه ويضبط اى يقدر على فرى الاوداج ونحوه ويحبس القيام به اما اذا كان المجنون او الصبي بحيث لا يعقل ولا يضبط لا يحل الذبيحة او اقلف الذى لا يختن او اخرس لانه يومى ايماء يعرف به التسمية لا يصح الذبح من لا كتابي كالوثني لانه لا يعتقد الملة والمجوسي لانه ليس له ملة التوحيد اعتقادا ولا دعوى او مرتد لانه لا ملة له لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لا يقر عليه ولا يصح ذبح تارك التسمية عمدا وان نسى التسمية صح بعذر النسيان وقال الشافعى يصح فى الوجهين وقال مالك لا يصح فى الوجهين وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى وقول الشافعى مخالف للاجماع فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ

قضاء لانه مخالف للاجماع وحرم المذبوح ان عطف على اسم تعالى غيره نحو ان يقول بسم الله واسم فلان او بسم الله ومحمد الرسول الله بجر محمد لانه اهل به لغير الله وكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره ان وصل ولم يعطف نحو ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان او يقول بسم الله محمد رسول الله برفع محمد ولان الشركة لم يوجد فلم يكن الذبح واقعا له لكنه يكره لوجود الوصل صورة والقران ظاهر وذلك متصور بصورة الحرام فيكره وحل المذبوح ان فصل غير اسم الله صورة ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع والتسمية لانه عليه السلام كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه من محمد وممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ فهذه ثلثة مسائل احدها ان يذكر موصولا على العطف والشركة والثانية ان يذكر موصولا لا على وجه العطف والثالث ان يذكر موصولا وذكر الامام التمرتاشي ان ذكر اسم الله تعالى واسم رسول الله موصولا بغير واو فهذا على اوجه اما ان ينصب محمدا او يخفضه او يرفعه في كلها حل لان اسم الرسول عليه السلام غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدا لكن يكره لوجود الاصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى اسما اخر مع اسم الله تعالى وندب نحر الابل النحر قطع العروق في اسفل عنقه عند الصدر وانما ندب النحر لان موضع النحر من الابل لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه لحم غليظ والعروق مجتمع في النحر فكان النحر في الابل اسهل وكره ذبحها الذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين وانما كره لمخالفة السنة وفي البقر والغنم عكسه اي ندب ذبحها لانه ايسر لاجتماع العروق في المذبح وعند مالك ان ذبح الابل ونحر البقر والغنم لا يحل وكفى الجرح في نعم توحش ولم يمكن ذبحه لانه لم يقدر الا على ذكوة الاضطرار او نعم سقط في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار ولم يمكن ذبحه وقال مالك لا يحل بذكوة الاضطرار في الوجهين ولا يحل الجرح في صيد استانس لانه قدر على ذكوة الاختيار فلا يحل بذكوة الاضطرار ولا يحل جنين ميت وجد في بطن امه حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فخرج من بطنها جنين ميت لم يوكل الجنين عند ابي حنيفة رحمه الله وزفر و

حسن بن زياد رحمه الله تعالى اشعر اولم يشعر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله اذا تم خلقه اكل لم يتم خلقه لم يوكل وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييعا لما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما ياتي على قول ابي حنيفة وفيه ايضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت ما يقدر على ذبحه فمات يوكل وهذا التفريع على قول ابي يوسف ومحمد ولا يحل ذو ناب الناب من الاسنان ما يلي الرباعيات وذو مخلب للطير كالظفر للانسان من سبع او طير قالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بها فذو ناب من السباع كالاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والكلب والسنور البري والاهلي وذو مخلب من الطيور كالصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين ولا يحل الحشرات هي صغار دواب الارض ما ليس له دم سائل وقيل هي الفارة واليرابيع والضباب فالمؤثر في الحرمة الايذاء وهو يكون بالناب وقد يكون بالمخلب والخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام ومعنى التحريم كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل لان للغذاء من الاثر في ذلك قال عليه السلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ولا يحل اكل لحم الحمر الاهلية والبغل وكان بشر المريسي يبيح اكل الحمار الاهلي ولا يحل اكل لحم الخيل عند ابي حنيفة ومالك وعند محمد والشافعي لا باس باكله لحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن في الخيل ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله كبول لحمه فدل انه ماكول كالانعام ولقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الاية سيقت لبيان المنة وقد من الله علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان ماكولا لكان اولى ببيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق بالحكيم تعالى العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس هذا المراد بما نقل عن ابي حنيفة انه يكره الخيل كراهة تحريم اليه مال صاحب الهداية وقيل الكراهة عنده

تنزيهية لان الكراهية بمعنى الكرامة لئلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سوره ظاهرا وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة الكراهة في سوره كما في لبنه وقيل لا باس بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ولا يحل الضبع لانه من السباع وقال الشافعي يوكل الضبع واليربوع اي موش دشتي وهو حلال عند الشافعي والغراب الابقع الذي ياكل الجيف هي جمع جيفة وهي جثة الميتة المنتنة ولا يحل حيوان مائي وقال الشافعي رح ومالك يوكل جميع حيوان البحر واستثنى الكلب والخنزير والانسان سوى سمك لم يطف واما الطافي الذي يموت في الماء فهو حرام وقال الشافعي ومالك لا باس باكله والاصل في السمك عندنا ان ما مات بسبب فهو حلال كالماخوذ منه وبغير سبب لا يحل كالطافي وان ضرب سمك فقطع بعضها يحل اكل ما ابين منه وما بقي لان موته بسبب وكذا ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شيء من طير الماء او غيره وكذا ان ماتت في جب ماء او جمعها في خطيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فماتت فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت في الشبكة وهو لا يقدر على التخليص منها او اكل شيء القاه في الماء لياكله فماتت منه او ربط في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت يوكل وان ماتت بحر الماء او البرد يوكل في رواية لوجود سبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا يوكل لان الماء لا يقتل السمك وحل الجراد وانواع السمك والجريث والمارماهي بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه ويشويه وحل غراب الزرع لانه يلتقط الحب وليس من سباع الطير والعقعق وقال ابو يوسف سالت ابا حنيفة عن العقعق فقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط اي تارة تاكل الحب وتارة ياكل الجيف وقال ابو يوسف يكره اكله لان غالب اكله الجيف وحل اكل الارنب معها اي مع الذكوة لانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فصار كالظبي

كتاب الاضحية

هي بضم الهمزة وكسرها اسم لما يذبح في ايام النحر بنية القربة لله تعالى وجمعها الاضاحي وقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحى وبه سمي يوم الاضحى اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم تصدق باللحم

وهو التمليك وهي واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عند ابي حنيفة ومحمد وزفر
والحسن وابي يوسف في رواية وعن ابي يوسف في الجامع انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها
عند ابي حنيفة واجبة وعند ابي يوسف سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف والاصح
انها واجبة عند اصحابنا ويجوز شاة من فرد وبقرة وبعير منه اي من فرد الى سبعة افراد ان لم
يكن لفرد اقل من سبع وان كان نصيب احدهم دون السبع لا يجوز عن الكل حتى لو مات وترك ابنا وامرأة
وبقرة فضحيا بها لم يجز لان نصيب المرأة الثمن وقال مالك يجوز البدنة عن اهل بيت واحد سبعة
كانوا او اكثر ولا يجوز عن اهل البيتين وان كانوا اقل من سبعة واذا جاز الاضحية على الشركة يقسم
الشركاء اللحم وزنا لانه موزون لا جزافا لان في القسمة معنى التمليك فيحتمل الربوا الا اذا ضم معه اي
مع اللحم شيء من اكارع او جلده ففي كل جانب شيء من اللحم وشيء من الاكارع او يكون في كل جانب
شيء من اللحم وبعض الجلد او يكون من جانب لحم واكارع وفي اخر لحم وجلد وانما يجوز صرفا للجنس
الى خلافه وصح اشتراك ستة في بقرة مشترية للاضحية وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فلا يجوز له ان يبيع شيئا منها بعد ذلك
والاشتراك تمليك بعض الاضحية من الاخر ببدل وهذا بيع ولنا انه لو اشركهم معه في
الابتداء بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشركهم بعد الشراء قبل تمام المقصود وهذا لان
الانسان قد يحتاج الى الاشتراك فانه قد يجد بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت البيع
فيشتريها ثم يطلب الشركاء فيها بعد ذلك وذا اي الاشتراك قبل الشراء احب لبعده عن الاختلاف
وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء ولا تجب
عن ولده الصغير وان كان للطفل مال ففي قال بعض مشائخنا يجب ان يضحي الاب او الوصي
من مال طفل غني عن ابي حنيفة وابي يوسف والاصح انه لا تجب كذا في الكافي لانه ان كان
المقصود الاتلاف فالاب لا يملك في مال ولده كالاعتاق وان كان المقصود التصدق

باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع ومال الصبي لا يقبل التطوع فاذا ضحى الاب او الوصي من مال طفل غني فياكل الطفل منه وما بقي يبدل بما ينتفع بعينه كالثوب والخف لا بالدراهم ولا بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز ونحوه لان التبديل بالدراهم تمول وما ينتفع به بالاستهلاك في حكم الدراهم فلا يجوز فاول وقتها اي وقت الاضحية بعد صلوة العيد وعند مالك والشافعي رح لا يجوز بعد الصلوة قبل نحر الامام ان ذبح في مصره فلا يجوز للمصري الذبح حتى يصلي الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت ووقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره اي في غير المصر فاهل السواد يذبحون بعد الفجر والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة فاذا اراد المصري التعجيل يامر باخراج الاضحية الى خارج المصر في موضع يباح للمسافر قصر الصلوة فيضحي كما انشق الفجر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد دون اهل الجبانة اجزاه استحسانا والقياس انه لا يجوز لان هذا قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه ولا يجوز بالشك احتياطا في العبادات وجه الاستحسان ان الشرط هو الذبح على اثر صلوة مصيرة وقد وجد لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاهم ولو كان على العكس يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا واخره اي اخر وقتها قبل غروب الشمس من اليوم الثالث فاذا غربت الشمس لم تجز التضحية بعده وقال الشافعي رح يجوز في اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق واعتبر في وجوب الاضحية الاخر اي اخر الوقت للفقير وضده اي اذا كان غنيا في اول يوم وفقيرا في اخرها لا يجب عليه وان كان بالعكس يجب عليه والولادة والموت اي ان ولد في اليوم الاخر يجب عليه على تقدير الوجوب وان مات فيه لا يجب وكره الذبح في الليل لاحتمال الغلط لظلمة الليل في الذبح او في الشاة انها له او لغيره او ان يذبح شاة فات منها بعض الشرائط ولو لم يذبح حتى مضى ايام النحر يقضي الناذر الذي وجب على نفسه تضحية شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول على ان اضحي هذه الشاة او يقول على ان اضحي هذه فيجب ان يتصدق بها حية وان اوجب على نفسه تضحية شاة

فلو ولد في اليوم الاخر تجب عليه الاضحية ولو مات في الاخر سقطت حتى لم يجب عليه الايصاء ولو مات بعد الاخر فبالعكس وفي الدر المختار لو اشترى غني شاة للاضحية فسافر في الاخر جاز بيعها لانها لم يجب عليه كما في المحيط ولو اسلم الكافر في الاخر او بلغ الصبي او اقام المسافر وجبت كما في المنية ولو قدم مسافر بلدة وعزم الاقامة فيه خمسة عشر يوما لزمه الاضحية وصلوة العيدين والجمعة على ما قال قاضي خان في امالية كما في بحر المحيط ولو اعتق فيها او ارتد سقطت كما في الزاهدي ١٢

مطلقاً ومضت ايام النحر يتصدق بقيمتها فقير شرى للاضحية ومضى وقتها يتصدق بها حية لانها تجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية فاذا مضى الوقت يجب عليه التصدق بعينها والغني يتصدق بقيمتها اذا مضى وقتها شرى للاضحية اولا اى اولم يشتر لانها واجبة على الغني في ذمته ولايتعين ما اشتراه للاضحية فيجب عليه التصدق بالقيمة ولايجوز ان يتصدق بها وصح الجذع وهو في مذهب الفقهاء ما تمت له ستة اشهر من الضان هو ما يكون له الية وذكر في المبسوط اذا تم له سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك وقالوا هذا اذا كان عظيما بحيث لو اختلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد ولاخلاف ان الجذع من المعز لايجوز و صح الثني فصاعدا من غيره وهو اى الثني ابن حول اى ما يتم له سنة وطعن في الثانية من الضان والمعز وابن حولين اى ما تم له سنتان وطعن في الثالثة من البقر ويدخل فيه الجواميس لانه من نوع البقر وابن خمس الذي تم عليه خمس سنين وطعن في السادسة من الابل قيل بالنظم

شعر
التنايا ابن حول وابن ضعف * وابن خمس من ذوي ظلف وخف

ويجوز ان يذبح الثولاء اى المجنونة قيل هذا اذا كانت تعلف وان كانت لاتعلف لايجوز والجماء اى التي لاقرن لها خلقة وكذا مكسورة القرن بالطريق الاولى والخصي وعن ابي حنيفة انه اولى لان لحمها اطيب ولايجوز ان يذبح عجفاء لاتنقى اى ما يكون عجفها الى حد لايكون في عظامها نقي اى مخ ولا عرجاء بيّنا عرجها بحيث لاتمشي الى المنسك ولا ما ذهب اكثر من ثلث اذنها او عينها والاصل ان العيب الفاحش مانع دون اليسير لان الحيوان قلما يخلو عنه فلايمكن الاحتراز وفي تقديره عن ابي حنيفة اربع روايات ففي ظاهر الرواية عنه الزائد على الثلث حتى لو كان الذاهب اكثر من الثلث لايجوز وان كان الذاهب الثلث او اقل من الثلث يجوز وهكذا روى هشام عن محمد وفي رواية تستير الثلث حتى لو كان الذاهب اقل من الثلث يجوز وان كان الذاهب الثلث لايجوز وفي رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة الربع وفي رواية الزائد على النصف وهو قولهما وانما يعرف الذهاب قدر النصف والثلث من العين بان يشاهد عين المعيبة بعد ان لاتعلف الشاة

يوما او يومين ثم يقرب العلف الى الشاة قليلا حتى اذا رآه من مكان اعلم في ذلك ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف الى الشاة قليلا قليلا اذا رآه من مكان كذلك اعلم في ذلك المكان ثم يقدر ما بين روية الاولى والثانية من المسافة فان كانت المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقي الثلثان وان كان النصف فقد ذهب النصف وان اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها ومات احد سبعة قبل النحر فقال ورثته وهم كبار اذبحوها عنه وعنكم صح استحسانا والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح من الورثة عن الميت كالاعتاق عن الميت اذا لم يجز في نصيبه لم يجز عن الشراء ووجه ان الورثة قائمون مقام الموروث بعد موته والتبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق عن الميت وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء على الميت وهو ليس من اهل الولاء وانما شرط ان يكون قصد الكل قربة وان اختلف جهاتها كبقرة يذبح عن اضحية ومتعة وقران فانه يصح عندنا خلافا لزفر لاتحاد المقصود وهو القربة فان الورثة لما اذنوا صار ذلك قربة ايضا فان تضحية المرء عن غيره مشروعة بصفة القربة ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم عن الكل لانه لم يقع بعضها قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة لعدم التجزي وان كان احدهم اي احد الشركاء السبعة كافرا او مريد اللحم لا يصح اي لا يجزي عن واحد منهم لان ذلك البعض لم يصر قربة لان الكافر ليس من اهلها ولكن ارادة اللحم ينافي القربة والاراقة لا تتجزى قربة فبطل الكل ويأكل منها وفي اذا نذر شاة لا يأكل منها الناذر ولو اكل فعليه قيمة ما اكل ويوكل ويهب من يشاء من الاغنياء والفقراء وندب التصدق بثلثها وان لا ينقص التصدق منه لان جهات الانتفاع ثلثة الاكل والادخار والاطعام وندب تركه اي التصدق لذي عيال توسعة عليهم وندب الذبح بيده ان كان يحسن الذبح لان الاولى في القربات ان يقوم بنفسه والا اي ان لم يحسن الذبح امر غيره به ولكن يشهدها بنفسه ولو امر المسلم كتابيا ان يذبح جاز لانه من اهل الذبح والقربة تقوم بانابته ونيته ولكن كره ذبح كتابي لان فعله ليس بقربة وتصدق بجلدها لانه جزءها او يعمل آلة استعمل في البيت نحو الجراب والغربال والنطع او يبدله بما ينتفع به في البيت

باقيا كالقدر والقصعة ولا يبدل بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك كالملح والخل والمرق ونحوها فان بيع الجلد بغير ذلك كالدراهم والخل والملح مثلا يتصدق بثمنه لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع انتقلت القربة الى بدله فوجب التصدق به ولو غلط اثنان وذبح كل واحد منهما شاة صاحبه صح عنهما ويأخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه بلا غرم وضمان وهذا استحسان والقياس ان لا يصح ويضمنه كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رح لان كل واحد ذبح شاة غيره بغير اذنه ووجه الاستحسان ان كل واحد منهما كان وكيلا من الآخر في الذبح دلالة وصح التضحية بشاة الغصب وعند زفر لا يصح عنهما لم يكن مالكا لها ولنا انه ضمنها وملكها عند اداء الضمان مستندا الى ضمان الغصب السابق فكان التضحية واردة على ملكه لا تصح بشاة الوديعة لانه لا يضمنها ويصير غاصبا بالذبح فلم يثبت الملك الا بعد فكان التضحية واردة على ملك الغير فان قيل يصير غاصبا بمقدمات كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح قلنا تعرض الذبح فجاءت من غير اتيان بمقدمات الذبح كما ذبح قائمة مثلا فانه يصير غاصبا بالذبح وضمنها اي بشاة الغصب والوديعة كما ذكرنا

كتاب الصيد

هي في اللغة الاصطياد وقد يسمى الصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجمع على صيود والاصطياد مباح لغير المحرم وهو نوعان احدهما الاصطياد بالجوارح كالكلب والفهد والصقور والبازي والثاني الاصطياد بالرمي والصيد اسم لكل حيوان متوحش طبعا لا يمكن اخذه الا بحيلة سواء كان مأكول اللحم او غير مأكول اللحم لان في اصطياده تحصيل منفعة جلده او دفع اذاه عن الناس يحل اكل صيد كل ذي ناب من الكلب ونحوه وذي مخلب من البازي وقد مر في الذبائح معنى ذي ناب ومخلب والخنزير مستثنى من ذلك فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما وعن ابي يوسف انه استثنى الاسد والدب لانهما لا يتعلمان ولا يعملان لغيرهما اما الاسد فلعلو همته واما الدب فلخساسته والحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها بشرط علمهما قيل هذا الشرط مغن استثناء

الاسد والدب لانهما لا تعلمان كما ذكرنا ويشترط جرحهما فلا بد من جرح في ظاهر الرواية لتحقق
الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وقد مر من قبل وعن ابي يوسف انه لا
يشترط الجرح ويشترط ارسال المسلم يعقل الذبح والتسمية حتى لا يوكل صيد الصبي والمجنون اذا
لم يعقل الذبح والتسمية او كتابي كذلك ممن يكون اهلا للتوحيد دعوى مسميا عند اي ارساله لا يترك التسمية عمدا
لان الارسال بمنزلة امرار السكين فلا بد من التسمية عنده على كل ممتنع بالقوائم او الجناحين متوحش فلا يصيد
الذي استأنس ممتنع غير متوحش والصيد الواقع في الشبكة متوحش غير ممتنع لخروجه عن حيز
الامتناع يوكل اي اذا كان من جنس ما يوكل شرعا ويشترط ان لا يشاركه في دواب المعلم او ذي مخلب
مما لا يحل صيده من كلب غير معلم وكلب مجوسي او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا
ويشترط ان لا يطول وقفته اي وقفة المعلم بعد الارسال ويعلم المعلم بترك اكل الكلب ثلاث مرات
وهذا عند ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لكن بين هذه الرواية عن ابي حنيفة
وبين قولهما فرق ففي قولهما انما يصير معلما ان صاد ثلثا ولم يوكل منها فيحل الرابع وعلى قول
ابي حنيفة على تلك الرواية يوكل الصيد الثالث وعن ابي حنيفة انه لم يوقت وقتا ولكنه فوض الى
اجتهاد صاحبه فان كان اكثر رأيه انه صار معلما فهو معلم ورجوع البازي واجابة صاحبه بدعائه
وهذا مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه فان اكل الكلب بعد تركه ثلاثا تبين جهله لان علامة
العلم ترك الاكل فكان اكله علامة الجهل فلا يحل ان يوكل ما قد صاد قبل هذا الاكل وبقي في ملكه
محرزا في بيته فان الكلب اذا اكل علم انه لم يكن معلما فكلما اصاد قبل ذلك الاكل فهو كلب صيد جاهل
فيحرم اذا بقي في ملك الصائد وهذا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما واما الصيد التي اكل منها فلا
يظهر الحرمة فيها لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازات فيحرم اتفاقا ولا يحل ان ياكل
ما يصيد بعد الاكل حتى يتعلم كما في الابتداء وشرط الحل بالرمي التسمية بان لا يتركها عمدا والجرح
لتحقق ذكوة الاضطرار وان لا يقعد الرامي عن طلبه ان غاب الصيد عن بصره متحاملا بسهمه
ثم ادركه واذا قعد عن طلبه ثم ادركه ميتا لا يحل بخلاف ما اذا لم يقعد فان الاحتراز عنه غير ممكن فاجزاه للضرورة

وقال الشافعي ان غاب عن بصره ثم ادركه ميتا لا يحل قال مالك اذا غاب عنه فان لم يبت
ليلة يحل وان بات ليلة لا يحل فان ادركه اي الصيد المرسل الكلب او البازي او الرامي السهم حيا
ذكاه فان تركها اي التذكية عمدا حرم الصيد لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليها
كما حرم الصيد اذا اصابه وقتله معراض بعرضه المعراض اسم السهم بلا ريش ولا نصل سمي به لانه يمضي
ويصيب الشيء بعرضه فلو كان في رأسه حدة فاصاب بحدة يحل وقتله بندقة هي طينة مدورة
يرمى بها ويقال لها الجلاهق وهي ثقيلة وان كانت ذات حدة وانما حرم لاحتمال انها قتلت بثقلها حتى لو
كانت خفيفة ولها حدة يحل لتيقن الموت بالجرح ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا حرم
لان القتل بالدق وكذا اذا رماه بها فان بانت راسه او قطعت اوداجه لان العروق قد يقطع
بثقل الحجر والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا اضيف الى الجرح قطعا حل الصيد واذا اضيف
الى الثقل قطعا حرم وان وقع الشك ولم يدر انه مات بالثقل او الجرح حرم احتياطا ورمى
الصيد فوقع في ماء او على سطح او جبل ثم تردى على الارض وانما حرم لانه المتردية والله تعالى ذكرها
في جملة المحرمات ولانه يحتمل الموت بغير الرمي ولو وقع على الارض ابتداء حل لان ذلك لا يستطيع الامتناع عنه فيكون
عفوا فصار الحاصل ان سبب الحل وسبب الحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة يرجح جهة الحرمة وان كان مما لا يمكن التحرز
عنه جرى وجوده مجرى عدمه وان لم يرسل الكلب او البازي احد ولكنه انبعث على اثر الصيد بغير ارسال فزجره مسلم
فانزجر بزجره يحل الصيد استحسانا فيما لم يرسل والقياس ان لا يحل لان الزجر ليس بارسال والارسال
شرط ووجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال ولو اجتمعا اي
الزجر والارسال من مسلم ومجوسي بان ارسله مجوسي وزجره مسلم وبالعكس يعتبر الارسال
ففيما اذا ارسله مجوسي وزجره مسلم فانزجر حرم وفيما اذا ارسله مسلم وزجره مجوسي حل
والفرق ان الزجر دون الارسال لانه بناء عليه ففي المسئلة الاولى ارسال المجوسي موجب للحرمة فلا يرتفع
بزجر المسلم لانه دونه وفي الثانية ارسال المسلم موجب للحل فلا يرتفع بزجر المجوسي لانه دونه وكل من لا يجوز
ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي وان ارسل الكلب

والبازي على صيد فلم يأخذه واخذ غير ما ارسله اليه حل لانه لا يمكن التعليم بحيث يأخذ ما عينه وقال مالك والشافعي لا يحل كصيد رمى فقطع عضو منه حل الصيد ولا يحل العضو لقوله عم ما ابين من الحي فهو ميتة وهذا اذا ابان شيئا يبقى المبان منه دونه عادة كاليد والرجل والفخذ وما يلي القوايم والاقل من نصف الراس وان قطع الصيد اثلاثا والاكثر مع عجزه اي قطع قطعتين بحيث يكون ثلثه في طرف الراس وثلثان في طرف العجز او قطع راسه او نصف راسه او اكثره او بنصفين حل المبان منه اكل كله اذ لا يتوهم بقاؤه حيا بعد هذا فكان قتلا وهذا كله عندنا وعند الشافعي المبان والمبان منه في الوجوه كلها اذا مات الصيد واذا رمى صيدا فاصابه فرماه آخر فقتله فهو للاول اي ملك الاول وحرم ولم يؤكل وضمن الثاني له اي للاول قيمته اي قيمة الصيد مجروحا وهذا اذا كان الاول اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع يقال اثخنت الجراحات اي وهنته وضعفته وانما كان ملكا للاول لانه اذا اثخنه ملكه بالاخذ معنى وانما حرم ولم يؤكل لاحتمال موته بالرمي الثاني وهو ليس بذكوة لانه بالاثخان لم يبق صيدا فلا يحل بذكوة الاضطرار للقدرة على ذكوة الاختيار وانما ضمنه الثاني قيمته مجروحا لان الاول ملكه فالثاني قد اتلف صيدا مملوكا له منقوصا بجراحة فلا يضمنه كملا لان قيمة المتلف يعتبر يوم الاتلاف وهذا اذا علم ان القتل حصل من الثاني بان كان الرمي الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه فيكون القتل مضافا الى الثاني وان علم ان الموت حصل من الجرحين او لم يدر ضمن الثاني ما نقص جراحته والا اي وان لم يكن الاول اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فللثاني الصيد لانه آخذه وقال عليه السلام الصيد لمن اخذه وحل اكله لان الصيد يحل بذكاة الاضطرار ويجوز ان يصاد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لان في اصطياده تحصيل منفعة جلده او شعره او ريشه او دفع اذاه عن الناس

كتاب اللقيط واللقطة والاباق

اللقيط في اللغة من اللقط وهو الرفع فعيل بمعنى المفعول اسم لطفل موضوع على الطريق سمي به لانه على عرض

ان يلفظ اى يرفع وهو من باب وصف الشئ بما يؤل اليه مثل قوله عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه وفى الشريعة اسم لهذا الطفل بشرط ان لا يعرف نسبه وكذا اللفظ فى اللغة من اللفظ
اسم للمال يوجد فى الطريق ولا يعرف مالكه بعينه سميت بها لانها يلفظ غالبا والابق اسم للمملوك الذى فر من
مولاه من ابق اذا فر رفعه اى دفع اللقيط احب عن تركه لما فيه من الترحم على الصغار وان
خيف هلاكه بان كان فى مفازة او كان غالب ظنه هلاكه يجب رفعه كاللقطة وسيجئ
حكمها وهو حر لان الدار دار الاحرار فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر لا بحجة رقه كما
اذا ادعى ان اللقيط عبده واقام حجة على ذلك ونفقته وجنايته فى بيت المال لانه
يعد للصرف الى المحتاجين وهو صار كالمقعد الذى لا مال له وكذا عقل جنايته فى بيت المال
ولو مات وترك مالا كان ارثه له اى لبيت المال ميراثا للمسلمين لان الغرم بمقابلة الغنم فلما
كانت نفقته وجنايته فى بيت المال كان ارثه له وان التقطه رجل لا يؤخذ من اخذه لان يده سبقت
فكان احق بحفظه نسبه يثبت ممن يدعيه ولو كان المدعى غير الملتقط اذا لم يدع الملتقط نسب هذا
اللقيط استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه من غير الملتقط لان قصده بهذه الدعوى اخذه من
الملتقط وحق الحفظ ثبت له على وجه ليس لغيره ان ياخذ فلا يقبل مجرد دعواه فى ابطال الحق الثابت وجه الاستحسان
ان اللقيط محتاج الى النسبة فهو فى الحقيقة اقرار بما ينفعه فصحت دعواه ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون احق
بحفظ ولده ولو كان ادعاء النسب من رجلين معا لانهما استويا او يثبت نسبه ممن يصف منهما اى
من المدعيين علامة به فى جسده فيكون هو اولى به لان الظاهر شاهد له اذا العلامة وافقت كلامه او كان
المدعى عبدا فانه يثبت نسبه منه لانه ينفعه ولكن اللقيط كان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الثابتة بالشك او كان ذميا فانه يثبت نسبه استحسانا والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالاسلام ولو جعل
ابنا للكافر لكان تبعا له فى الدين فكان حكما بابطال اسلامه وجه الاستحسان ان موجب كلامه شيئان احدهما ثبوت
نسبه وذا ينفعه والاخر كفره وذا يضره فصح دعواه فيما ينفعه ولهذا نقول كان مسلما ان لم يكن فى مقرهم
اى مقر الذميين اما اذا كان فى مقرهم كما اذا وجد فى قرية من قراهم او فى بيعة او كنيسة كان ذميا

ان

ان كان الواجد ذميا في رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذه او ذميا في مكان المسلمين ففيه
رواية يعتبر الواجد في الفصلين وفي رواية ايهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك وفي رواية يحكم بزيه وعلامته
وان وجد مع اللقيط مال اي مال شد عليه كان له لانه في يده وهو من اهل الملك لكونه حرا وصرف ذلك
المال اليه بامر القاضي عند البعض وقيل يصرف الواجد اليه بغير امر القاضي ويجوز للملتقط قبض
لانه نفع محض وتسليمه في حرفة وصنعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ولا يجوز للملتقط
انكاحه لان ولاية التزويج على الغير يستحق بالقرابة او الملك ولم يوجد احد منهما ولا تصرف له بالبيع
والشراء والاجارة وفي مختصر القدوري له ان يواجره لانه يرجع الى تثقيفه وحفظه من الآفات
وجه الاول وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه واللقطة وقد مر معناها واختلف الناس
فيمن وجد لقطة فالمتقدمون يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير
اذن صاحبه وبعض المتقدمين من الائمة التابعين كانوا يقولون يحل له ان يرفعها
وتركه افضل والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء ان رفعها افضل من تركها لانه
لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خائنة فيكتمها من صاحبها ولهذا قالوا يجب
اذا خاف الضياع وهي امانة ان اخذها واشهد شاهدين على اخذه ليرد على ربها
والاشهاد ان يقول من سمعتموه ان ينشد لقطة فدلوا على صاحبها والا اي وان لم
يشهد الآخذ انه اخذها ليردها ضمن ان اقر انه اخذها لنفسه بالاجماع
وان لم يقر بهذا وقال اخذتها للرد على المالك وجحد المالك اخذها للرد ضمن عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله في انه اخذها للرد وذكر
في فتاوى قاضي خان هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا
ان يشهده عند الرفع او خاف انه لو شهد عند الرفع ياخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا
يكون ضامنا ان وجد من يشهدهم ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة وعرفت اي يجب تعريف
اللقطة قليلة وكثيرة بان ينادي اني وجدت لقطة لا ادري مالكها ويصفها لا ردها

عليه في مكان وجدت وفي المجامع وان كان شيئا يعلم ان مالكها لا يطلبها كالنواة وقشور
رمان بان كان جمعها من مواضع مختلفة وصارت كثيرة بحيث يكون له ان ياخذها وينتفع
بها بلا تعرض ولكنه يبقى على ملك المالك حتى كان له ان ياخذها وذكر شيخ الاسلام انه
ليس له ان ياخذها ويصير ملكا للآخذ وكذلك الجواب في التقاط السنابل وكان يفتي
الصدر الشهيد مرة بغلب على ظنه انه لا يطلبها مالكها بعدها اي بعد تلك المدة وهو الصحيح
ويروى عن ابي حنيفة انها ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت عشرة
فصاعدا عرفها حولا وقدر محمد زمان التعريف في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهذا
قول مالك والشافعي وعرف ما لا يبقى لو اتى عليه يوم او يومين كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار الى ان
يخاف فساده ثم اذا مضى وقت التعريف ولم يظهر صاحبه يتصدق به لانه التزم حفظه على مالكه
وذا بايصال عينه اليه ان وجده والا فبايصال ثوابه اليه فاذا بالتصدق وان شاء امسكه فربما يظهر
بصاحبه فان جاء ربها اي بعد التصدق بها فهو بالخيار ان شاء اجازه اي بالتصدق فيكون له
ثوابا وان شاء ضمن الآخذ وفي الهداية والكافي ان شاء ضمن الملتقط والمسكين اذا هلكت في يده
وايهما ضمنه لم يرجع الآخر وان كانت قائمة اخذها من يد المسكين وما انفق الملتقط عليها بلا اذن
حاكم فهو تبرع لا ولاية له على ذمة مالكها فصار كما لو قضى دين غيره بغير اذنه وما انفق باذنه
فهو دين على ربها اي مالكها لان امر الحاكم حال الغيبة كامره واجر القاضي ما له منفعة كالبهيمة
مثلا وانفق عليها من اجرتها احياء للبهيمة ونظرا للمالك حيث لا يلزم الدين عليه كالآبق اي يفعل
بالعبد الآبق مثل هذا اي اجر وانفق عليه وما لا منفعة له اذن بالانفاق عليه ان كان الانفاق اصلح
وجعل النفقة دينا على مالكها والا اي وان لم يكن الانفاق اصلح بان خاف ان يستغرق النفقة قيمتها باع اللقطة
وامر بحفظ ثمنها وانما يامر بالانفاق يومين او ثلثة ايام بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا لظهر واذا حضر
المالك للمنفق حبسها اي حبس اللقطة منه لاخذ النفقة لان هذا دين وجب له بسبب هذه اللقطة فكانه تعلق به
فاشبه الرهن ولا يسقط دين النفقة بالهلاك في يد الملتقط قبل الحبس فان هلكت بعد الحبس سقطت النفقة

لانها تأخذ عند اختيار الجنس فان حضر مالكها وبين علامتها بان سمى وزن الدراهم و
عددها ووعاءها وكاتبها حل للملتقط الدفع اليه ولا يجب ولا يجبر على ذلك في القضاء بلا
حجة وقال مالك والشافعي ومحمد انه يجبر الدفع ان بين علامة ولا بأس بان ينتفع الملتقط بها ان كان فقيرا لانه
محل الصدقة ولا اي وان لم يكن فقيرا لا يصرفها الى نفسه وقال الشافعي للغني صرفها الى نفسه بحكم
القرض بل تصدق بها على الغير ولو كان التصدق على اصله كابويه وفرعه كولده وعرسه
ان كانوا فقراء وندب اخذ الابق لمن قوي وقدر عليه لما في الاخذ من احياء حق المالك و
وترك الضال قيل احب لانه لا يبرح عن مكانه فيأتي به مالكه فيأخذه بخلاف الابق فانه
فر من صاحبه تمردا وعنادا والضال هو المملوك الذي ضل الطريق الى منزله وقيل اخذ الضال افضل و
ينبغي للراد ان يأتي بالابق الى الامام بخلاف اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه عادة ولا يقدر
حفظ الابق بنفسه عادة ولراده اي لراد الابق قنا او مدبرا او ام ولد من مدة سفر او اكثر
الجعل اربعون درهما وان كانت القيمة اقل منها وان لم يعد لها وهذا عند ابي يوسف وعند محمد
يقضي له بقيمته الا درهما لان وجوبه يثبت احياء لحقوق الناس نظرا اليهم ولا نظر في ايجاب اربعين
برده لا يساوي ذلك وله ان هذا تقدير عرف شرعا بالاجماع وقد رده بلا تعرض بقيمة العبد فيجب
عينا وقال الشافعي لا جعل له الا بالشرط ان اشهد انه اخذه للرد فالاشهاد عليه حتم اي واجب
عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من غير ان يشهد عند الاخذ لا جعل له عندهما
ولراده من الاقل منها اي مدة السفر بقسطه فيقسم الاربعين على ثلاثة ايام او يقدر الرضخ
في الرد بما دون مدة السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأى القاضي فان ابق منه اي من
الراد لم يضمن لانه امانة في يده ولا جعل له وهذا ان شهد على نفسه انه يأخذها للرد فان
لم يشهد فلا شيء له من الجعل وضمنه ان ابق منه كما ذكرنا في اللقطة واذا قال الرجل
لغيره ان عبدك قد ابق فان وجدته فخذه فقال المأمور نعم ان كان المأمور وجده على مسيرة
ثلاثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه في رد الابق

وقد عدله الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وفي المبسوط هذا اذا علم ان العبد كان ابق فان
انكر المولى ان يكون العبد ابق فالقول قوله وعلى هذا لورده فانكر المولى ان يكون العبد ابق
فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه ابق من مولاه او ان مولاه اقر باقراره فيجب له الجعل

كتاب المفقود

يقال فقدت الشئ اى غاب عنى فهو مفقود وهو شرعا
شرعا غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته واستتر اثره وانقطع خبره فهو حى فى
حق نفسه باعتبار اول حاله فاذا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واذا كان
حيا فلا تنكح عرسه ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربعة سنين يفرق القاضى
بينه وبينها ان طلبت ذلك ثم تعتد عدة الوفاة ثم تزوجت من شاءت فان عاد
الزوج بعد العدة ولم يتزوج بزوج اخر فهو احق بها وان تزوجت فلا سبيل له
عليها ولا يقسم ماله بين الورثة ولا يفسخ اجارته كما لو غاب وعلم حياته ويقيم القاضى
عليه من يقبض حقه وغلاته وديون اقر بها غريمه ويحفظ ماله لان القاضى ناظر
لكل من عجز عن النظر لنفسه وفى نصب القائم على ماله والحافظ له نظر فينصب
من يحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده كالثمار ونحوها لان حفظ عينه متعذر
فيحصل له حفظ ثمنه ولا يبيع ما لا يخاف فساده لان ولاية البيع للنظر له
وحفظ العين فيما تاتى له النظر وينفق من ماله على قريبه ولادا مثل ولده وابويه
وعلى زوجته والاصل كل من يستحق النفقة فى ماله فى حال حضرته بغير قضاء القاضى
ينفق عليه من ماله عند غيبته مثل ولده الصغير والكبير الانثى والذكر الزمن
لان هذا لا يكون من القاضى قضاء حقيقة بل يكون تمكينا المستحق من اخذ حقه
وان تمكنوا من ذلك كان لهم ان ياخذوا فيعينهم القاضى على ذلك وكل من لا يستحق
حضرته الا بالقضاء لا ينفق من ماله فى غيبته كالاخ والاخت والخال والخالات
لان نفقتهم يجب بالقضاء والقاضى لا يقضى على الغائب وهو ميت فى حق غيره فلا يرث

من غيره لان حيوته تثبت بالاستصحاب فاذا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه
واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله
بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من غيره اثبات امر لم يكن ثابتا وقولنا لا يرث المفقود احدا
اي يوقف قسطه من مال مورثه الى ان يبلغ تسعين سنة وعليه الفتوى لانه هو الغالب في زماننا والحياة
بعدها نادرة ولا اعتبار للنادر وفي ظاهر الرواية يقدر بموت اقرانه في بلده فاذا لم يبق احد من اقرانه حكم بموته
وعن ابي حنيفة اذا تم له مائة وعشرون سنة من تولده حكم بموته وعن ابي يوسف مائة سنة فان ظهر
المفقود حيا علم انه كان مستحقا فله ذلك اي قسط الموقوف من مال مورثه وبعدها اي بعد مضي مدة
تسعين سنة يحكم بموته في حق ماله يوم تمت المدة اي تسعين سنة فتعتد امرأته عدة الموت من ذلك الوقت
ويقسم ماله بين من يرثه الآن اي ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة
ومن مات قبل ذلك لم يرثه منه ويحكم بموته في حق مال غيره حين فقده لان حياته باعتبار الظاهر
ويصلح حجة لدفع الاستحقاق فلا يستحق ميراث غيره فيرد ما وقف له من مال غيره الى من يرث الغير عند
موته اي موت ذلك الغير

كتاب القضاء

القضاء هو عبارة عن الاحكام لغة قال الشاعر وعليهما
مسرودتان قضاهما اي احكمهما وعن الالزام شريعة اهله اي اهل القضاء اهل الشهادة لان كلا من القضاء
والشهادة الزام والشهادة ملزمة على القضاء والقضاء ملزم على الخصم ولما يشترط لاهلية القضاء يشترط لاهلية الشهادة
ويصحان اي القضاء والشهادة من الفاسق حتى لو قلد القضاء يصح لكن يجب ان لا يقلد حتى لو قلد يأثم
كما يصح قبول الشهادة من الفاسق ولكن لا يقبل لانه لا يؤمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه ولو كان
عدلا وفسق العدل بعد ذلك باخذ الرشوة وبغيره يستحق ان يعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا
وقيل ينعزل بالفسق وقال الشافعي لا يجوز قضاء الفاسق كما لا يقبل الشهادة عنده وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه واجمعوا على انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى
وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين ومبناه على الامانة والاحتراز عن
الخيانة وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذرا عن النسبة الى الخطأ ومن اخذه

اى القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه والاجتهاد شرط الاولوية فى الصحيح حتى يصح تقلد القضاء للجاهل عندنا خلافا للشافعى رح وينبغى ان لا يطلب القضاء اى بقلبه ولا يسأله بلسانه لقوله عليه السلام من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهم الرشد اى يعلم الرشد وانما يليق ان يدخل فى القضاء من يثق بنفسه عدله واداء فرضه ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه وقيل يكره الدخول فيه مختارا والصحيح ان الدخول فيه رخصة والامتناع عزيمة ومن قلد القضاء سأل ديوان القاضى كان قبل ديوان القاضى الخرائط التى فيها نسخ السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء والقسيم فى اموال الوقف وتقدير النفقات ونظر فى حال المحبوسين فمن اقر بحق وانكر فقامت عليه بينة الزمها اياه ولا يعمل فى المحبوس بقول القاضى المعزول لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد لا يقبل وان لم يقر المحبوس بحق ولا يقيم البينة على المنكر لم يعجل بتخليته حتى يامر ان ينادى من مكان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبين فلان فان حضر فيها وان لم يحضر احد يأتى فى ذلك اياما على حسب ما يرى ثم اخذ من المحبوس كفيلا واطلقه وكذا لا يعمل بقول المعزول فى غلة الوقف والوديعة لا يقبل قول المعزول بان كان هذا وديعة فلان دفعها الى هذا الرجل وهو ينكر الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه اى من المعزول فحينئذ ياخذ بقول المعزول الوديعة ويسلم الى الذى اقر المعزول انه له ويقرض مال اليتيم ويكتب الصك ويحفظ فى ديوانه وكذا يملك القاضى اقراض مال الغائب ويجلس فى المسجد للقضاء جلوسا ظاهرا والجامع اولى لجلوسه الظاهر لان مجلس القاضى ينبغى ان لا يكون مخفيا والجامع اشهر المواضع وقال الشافعى رح يكره الجلوس فى المسجد ولا يقبل هدية فان هذا الاهداء غلول الا من ذى محرم لانه من صلة الرحم وفى الرد قطعها

فى الاحكام نحو بان يعلم معانى المفردات والمركبات وخواصها فى الافادة فيستم علم اللغة والصرف والنحو والمعانى والبيان بحيث يعرف بذلك خطابات العرب وعاداتهم فى الاستعمال ومثل ان يعلم المعانى المؤثرة فى الاحكام وان يكون عالما باقسامها الخاص والعام والمجمل وغيرها وباقسام سنة الحديث وعالما بحال الرواة الا انا [illegible] فى هذا الزمان لكثرة الوسائط فالاولى الاكتفاء بتعديل الائمة الثقات كالطحاوى وغيره وعالما بوجوه القياس بشرائطها واحكامها واقسامها

يكون عالما بمعانى معتقد الحجة ... [illegible]

ظ ولكن يجب ان يكون عالما بالفقه ... [illegible]

ومن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لانه لا يطر اكلا بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما
تدبيرا عهد ولو زاد المهدي والزيادة اذا لم يكن لهما خصومة فلو كان للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا لو وقعت لمن اعتاد المهاداة خصومة لا يقبل ايضا للتهمة ولا يحضر دعوة الا اذا
كان عامة والصحيح ان المضيف لو علم ان القاضي لا يحضر الدعوة لا يتخذها فهي خاصة وان
كان يتخذها فهي عامة وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه وان كان الدعوة خاصة لان
اجابة دعوته صلة الرحم وكذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة لا يجيب الدعوة
الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب كالهدية ويسوي بين الخصمين اذا حضرا جلوسا واقبالا
لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا
يسار احدهما ولا يضيفه ولو اضاف الخصمين جميعا فلا بأس به وفي المبسوط لا ينبغي ان
يضيف احد الخصمين الا ان يكون معه خصمه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه
ولا يمزح معه ولا مع غيره لانه تذهب مهابته ولا يشير اليه لان في الاشارة الى احدهما كسر قلب الاخر
ولا يلقنه حجة لانه اعانة لاحد الخصمين وكذا لا يلقن الشاهد بقوله اتشهد بكذا واستحسن
التلقين للشاهد ابو يوسف فان الشاهد قد يحصر في الكلام لمهابة مجلس القاضي فيترك لفظ الشهادة
والاشارة فكان تلقينه احياء لحقوق المسلمين فيما لا تهمة فيه بان لا يستفيد الشاهد بتلقينه زيادة
علم واذا ثبت المدعي الحق عند القاضي يحبس الخصم كالغريم مدة يراها مصلحة في الصحيح من التقدير
في الحبس مفوض الى رأي القاضي لان الحبس للانزجار وذا يختلف باختلاف احوال الناس وقيل يحبسه شهرين
او ثلاثة اشهر وعن ابي حنيفة انه مقدر بشهر واحد وعنه بستة اشهر وعنه باربعة اشهر بطلب ولي
الحق حبس الخصم ان امتنع المقر بالحق عن الايفاء بعد امر القاضي بالايفاء او ثبت الحق بالبينة
فانه اذا ثبت بالبينة ظهر مطله بانكاره فيحبسه كما يثبت الحق لان الحبس جزاء الظلم
والمطل يصير ظالما لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم واما اذا ثبت الحق بالاقرار
لم يعرف مطله في الحال فلا بد ان يأمره القاضي بالايفاء فاذا امتنع

حبس فيما اى فى دين لزمه بعقد كالكفالة والمهر لان التزام المال باختياره دليل يسارة اذ الظاهر انه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه او بدل مال حصل له كالثمن والقرض فانه ظهرت قدرته بما دخل فى ملكه وكذا يحبس الزوج فى نفقة عرسه ويحبس الاب فى نفقة ولده لان النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع قصد فى هلاكه ولا يحبس الاب فى دينه اى دين الولد لان الحبس نوع عقوبة فلا يستحق الولد والده بخلاف النفقة الولد فانها لدفع الهلاك وفى غيرها اى فى ما لزمته الى الاخر مثل الاعواض المغصوبات ومثل الديات وارش الجنايات وضمان اعتاق عبد المشترك وبدل الكتابة لا يحبس ان ادعى فقره وقال انا فقير لان الاصل فى الادمى الفقر الا اذا قامت بينة بضده اى الغنى فيحبس ثم شرع فيما يفعله القاضى اذا كان الخصم حاضرا او لم يكن حاضرا فقال وان شهدوا على خصم حكم بها اى بالشهادة لوجود الحجة وكتب به اى بالحكم وهو اى كتاب الحكم السجل فكتب القاضى حكمت بذلك او ثبت هذا عندى فان هذا حكم واذا شهدوا على الغائب بل يكتب كتابا حكميا وهو كتاب القاضى الى القاضى وبالحقيقة نقل الشهادة يحكم القاضى المكتوب اليه ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى به على معلوم اى المدعى عليه معلوم اى المدعى وهو مقبول فى كل حقوق كالدين والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضى بذلك والطلاق بان ادعت امرأة طلاقا على زوجها والشفعة والوكالة والوصية والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب عن الحى والميت والغصب والامانة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف بالوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة وكذا فى العقار لانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة ولا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وعن ابى يوسف رح انه يقبل فى العبد دون الامة لان الاباق يغلب فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما وعن محمد رح انه يقبل فى جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال قاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى

الا فى حدود وقود فانه لا يقبل فيهما كتاب القاضى لانه لا ينفك عن شبهة فلا تقبل فيما
يسقط بالشبهات فاذا اقام المدعى عند القاضى الشهود انه كان له عبد يأبق
فهو اليوم فى يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بالصفة والاسم والبينة وقيمته
والدار التى جليت منها كتب القاضى شهادة الشهود وينقل شهادتهم بالكتاب مجلس
القاضى المكتوب اليه فيقرأ الكتاب على الشهود الذين ينقلون كتابه وانما يقرأ عليهم ليعرفوا
ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم ويختم الكتاب عندهم كيلا يتوهم التغير ويسلم اليهم وهذا
عند ابى حنيفة رح ومحمد لان من اصلهما ان علم الشهود بما فى الكتاب والختم بحضرتهم
شرط جواز القضاء بذلك وكذا حفظ ما فى الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء
شرط عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معونة على
حفظهم وعند ابى يوسف رح ان شيئا من ذلك ليس بشرط وهو قول آخر بل يكفى
ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل ذلك حين
ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعائنة واختار شمس الائمة السرخسى فعل ابى يوسف ثم اذا
وصل الكتاب الى القاضى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضور الخصم لانه بمنزلة
اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد
الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم
فلا يفتح القاضى الكتاب الا بحضرة الخصم ولا يقبل الكتاب الا باقامة البينة رجلين او رجل
وامرأتين على انه كتاب فلان القاضى قرأه علينا وختمه وسلم لان الكتاب قد تزور
وينقل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة فيفتحه ويقرأه
على الخصم ويلزم ما فيه لثبوت ما فى الكتاب عند القاضى المكتوب اليه وانما لم يقبل
المكتوب اليه ان بقى المكاتب قاضيا حتى لو مات او عزل او لم يبق اهل القضاء
قبل وصول الكتاب اليه او بعده قبل القراءة لم يقبله ولا يعمل بما فى كتاب القاضى غيره اى غير القاضى

المكتوب اليه من القضاة الا اذا كتب فيه الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وكتب بعد
اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه لما عرف الاول صحت كتابة
القاضي اليه فيجعل غيره تبعا له ولو كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا
والى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابيحنيفة ومحمد رح
وعند ابي يوسف ان كتب هذا ابتداء يجوز ان يقبل وتوسع لما ابتلي بالقضاء وقد قيل
في كيفيته ان يكتب قاضي بخارى الى قاضي سمرقند ان فلانا وفلانا ويذكر نسبهما اشهد عندي
ان عبد فلان ويذكر نسب المسمى بالمبارك ويذكر حليته ابق منه ووقع بسمرقند في يد فلان
ويذكر نسبه الى اخر الكتاب واذا وصل الى قاضي سمرقند يحضر الخصم مع العبد
ويفتحه بشرائطه فان لم يكن حليته كما كتب يتركه وان كانت حليته موجودا
فالخصم ان ذهب الى بخارى والا يسلم العبد الى المدعي لا على وجه القضاء وياخذ
منه كفيلا بنفس العبد ويجعل في عنقه شيئا من الرصاص ويختم صيانة عن التبديل
عند شهادة الشهود ويكتب الى قاضي بخارى جواب كتابه انه ارسل اليه العبد
فاذا وصل الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا في غيبة العبد ليشهدوا في حضوره
ويشيروا اليه انه ملك المدعي فاذا اعادوا شهادتهم يقضي الكاتب به له ثم يكتب
الى قاضي سمرقند ان يبرأ كفيله وفي بعض الروايات ان القاضي الكاتب لا يقضي
بالعبد للمدعي لكن يكتب الى قاضي سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وافية ويبعث بالعبد ليحكم قاضي سمرقند على خصمه ويبرأ الكفيل عن كفالته
وكتاب القاضي الى القاضي في الجواري كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي
بل يبعث بها مع امين وان مات الخصم ينفذ على وارثه لقيامه مقامه والمرأة تصلح
ان تقضي في كل شيء الا في حد وقود كشهادتها فان حكم القضاء والشهادة واحد ولا
يستخلف قاض على القضاء لان السلطان فوض القضاء اليه ورضي برأيه وعلمه وامانته

دون غيره وهذا كما انه لا يوكل وكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة مطلقا حيث يجوز له استخلاف الغير وان لم يؤذن له لانه على شرف الفوات لتوقيته وضيق الوقت ولا كذلك القضاء الا من فوض اليه ذلك اى الاستخلاف والتوكيل بان يقول السلطان للقاضى ول من شئت و يقول الموكل للوكيل وكل من شئت ففى المفوض اليه الاستخلاف صار القاضى الثانى قاضيا من جهة السلطان لا من جهة هذا القاضى وفى المفوض اليه التوكيل صار الوكيل الثانى من جهة الموكل لا من الوكيل الاول حتى ان نائبه وهو القاضى الثانى والوكيل الثانى لا ينعزل بعزله وموته وان كان المفوض اليه موكلا انما قال ذلك لان فى الوكالة ينعزل الوكيل بموت موكله فاراد ان يصرح ان الوكيل ههنا لا ينعزل بموت موكله لانه ليس فى الحقيقة نائبه بل هو اى نائب المفوض اليه نائب الاصل وهو السلطان فى القضاء والموكل الاول فى التوكيل ففى التوكيل ينعزل الثانى بموت الاصل وهو الموكل الاول وفى القضاء لا ينعزل بموت الاصل وهو السلطان فلما كان الاشتباه فى التوكيل خصه بالذكر فى التوكيل واما فى القضاء فلا اشتباه ان النائب لا ينعزل بموت المنوب وهذا اذا لم يقل الخليفة للقاضى الاول ول من شئت واستبدل من شئت ولم يقل الموكل للوكيل مثل ذلك اما اذا قال فللقاضى والوكيل عزل النائب وفى غيره اى غير المفوض اليه ان فعل نائبه عنده وبحضرته او فعل بغيبته لكن وصل الخبر اليه واجاز هو اى غير المفوض اليه قضاء القاضى وتصرف الوكيل الثانى او كان الموكل الاول وقدر الثمن فى باب الوكالة صح فعل النائب لانه اذا فعل بحضوره ففعل النائب ينتقل اليه وكذلك اذا فعل بغيبته لكن وصل الخبر اليه فاجاز لانه اذا انضم اليه رأيه فكانه فعل بنفسه وكذلك اذا قدر الموكل الثمن لان بتقدير الثمن حصل رأيه وباعمل برأيك يوكل اى اذا قال الموكل للوكيل اعمل برأيك جاز له ان يوكل غيره والقضاء فى المجتهد فيه على خلاف مذهبه مثلا اذا قضى الحنفى بجواز بيع المدبر ناسيا لمذهبه او عامدا ينفذ عند ابى حنيفة وفى رواية عنه لا ينفذ ان كان عامدا وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضاء بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى كذا فى الهداية وفى الصغرى اذا قضى فى محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابى حنيفة وعليه الفتوى وفى الفصول محالا الى المحيط والذخيرة اذا قضى القاضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم

بذلك اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا ينفذ وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه وقال شمس الائمة السرخسي هذا ظاهر المذهب والقضاء في مجتهد فيه على وفاقه اى وفاق مذهبه ينفذ ظاهرا وباطنا ويجعل الحكم المختلف فيه بين المجتهدين مجمعا عليه بينهم فان عرض هذا القضاء على قاض اخر يمضيه ولا يجوز له ان يرده وان كان يرى غير ذلك لان اجتهاد الثاني كالاول والاول يؤيد باتصال القضاء به الا فيما اى حكم خالف الكتاب كما اذا قضى قاض بشاهد واحد ويمين فانه يخالف قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتن فمثل هذا انما ينكر لقصر الحكم عليه بدليل قوله تعالى ذلك ادنى الا ترتابوا ولا مزيد على الادنى والسنة المشهورة كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنفس نكاح الزوج الثاني بلا وطى على ما ذهب اليه سعيد المسيب فانه مخالف لحديث رفاعة وهو قوله عليه السلام لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك او الاجماع كالقضاء بحل متعة النساء لان الصحابة قد اجمعوا على فساد ذلك وهذا اذا كان محل القضاء مختلفا فيه وان كان نفس القضاء مختلفا فيه كالقضاء على الغائب فان قضى قاض عليه لا يصير مجمعا عليه الا ان يرفع قضاءه الى قاض اخر فيمضيه ثم يصير مجمعا عليه بامضاء اخر فبعد الامضاء الى رفع الى قاض اخر يجب تنفيذه والقضاء بحرمة كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت على ذلك شهادة الزور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف الاول لا يحل للزوج الاول وطيها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لا يطلقها بان كان الزوج الثاني احد الشهود او لم يعلم بان كان الزوج الثاني اجنبيا واما على ابي يوسف الاخر وهو قول محمد لا يحل للزوج الثاني وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطيها وهل يحل له وطيها على قول ابي يوسف الاخر لا لا يحل مع انه لا يقع

الفرقة باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان
على ابى يوسف الآخر يحل للاول وطيها سرا وعلى قول محمد يحل للاول ما لم يدخل الثانى فان
دخل بها الثانى الآن لا يحل للاول وطيها سواء كان الثانى يعلم بحقيقة الحال او لم يعلم
او حل كما اذا ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد واقام عليها شاهدى الزور وقضى القاضى
بالنكاح بينهما حل للزوج وطيها وحل للمرأة التمكين منه عند ابى حنيفة وابى يوسف
فى قوله الاول وعند محمد وابى يوسف فى قوله الآخر لا يحل له ذلك بنفذ ظاهرا ونعنى بالنفاذ
ظاهرا ان يسلم القاضى المرأة الى الزوج ويقول اسلمى نفسك اليه فانه زوجك وباطنا و
نعنى بالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى ولو كان القضاء
بشهادة زور كما ذكرنا فيجعل قضاء القاضى بمنزلة انشاء العقد وهذا اذا ادعاه بسبب معين بان ادعاه
بسبب الشراء من رجل او ادعى على امرأة نكاحا اما اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية انها ملكه ولم يذكر
السبب واقامت بينة وقضى به القاضى لا يحل له وطيها بالاجماع ولا يقضى على غائب وقال الشافعى رح يجوز
القضاء على الغائب بالبينة الا بحضرة نائبه ومن يقوم مقامه حقيقة اى بانابة الوكيل او شرعا
اى بانابة القاضى كوصى القاضى وفى المسخر من جهة القاضى اختلاف الروايتين فى الذخيرة اذا
نصب القاضى مسخرا على الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز الحكم عليه وتفسير المسخر من جهة
القاضى ان ينصب القاضى وكيلا من جهة الغائب يسمع الخصومة عليه او حكما اى من يقوم مقامه
من حيث الحكم الشرعى بان كان ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر فانتصب الحاضر
خصما شرعا عنه وكان القضاء عليه كالقضاء على الغائب كما ادعى دارا فى يد رجل انه داره اشتراها
من فلان الغائب وهو مالكها وانكر ذو اليد وقال الدار دارى واقام المدعى البينة على دعواه
قبلت بينته ويقضى له ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينقلب الحاضر
خصما عن الغائب حتى لو حضر الغائب وانكره لا يلتفت الى انكاره لان ما يدعى على الغائب
وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لا محالة

لا يكون الحاضر غائبا عن الغائب ان كان ما يدعى على الغائب شرطا لما يدعى على الحاضر هذا قول المتاخرين فانه على قول بعض المتاخرين فللشرط اعتبار ايضا كالسبب لان المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورته رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب وقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتاخرين بقبول هذه البينة وانما لا يقضى على الغائب في صورة الشرط اذا كان الشرط يتضرر به الغائب ويكون فيه ابطال حق الغائب اما اذا كان الشرط لا يتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة لو اقامت البينة على ان فلانا قد دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها وصح تحكيم الخصمين من صلح قاضيا اي يشترط في الحكم اهلية القضاء في غير حد وقود قالوا تخصيص الحد والقود يدل على جواز التحكيم في جميع المجتهدات كالكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين بالطلاق المضاف ونحوهما وتخصيص المجتهدات بالذكر ليس لنفي الحكم عما عداها فان ما ليس للاجتهاد فيه مساغ كالثابت بالكتاب والسنة المشهورة او الاجماع ولا شك في صحة التحكيم في ذلك فذكر المجتهدات يدل على ان غيرها بالطريق الاولى واذا صح التحكيم في جميع القضايا لا يفتى بذلك ويقال لا احتياج الى حكم المولى لان العوام يتجاسرون على ذلك فيقل الاحتياج الى القاضي ولزمهما اي الخصمين حكمه بالبينة او بالنكول او الاقرار وصح اخباره باقرار احدهما اي احد الخصمين بعد انتهاء حال ولايته يعني لو قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندي بهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله لانه اخباره حال ولاية قائم مقام شهادة رجلين كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على كذا فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هنا الا ان يخرجه من الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك

حكمت

حكمت لم يتصدق لانه التحق بواحد من الرعنا فلابد من الشاهد الاخر وكذا لا يقبل
اخباره بعد الحكم انه حكم عزل فلا يقبل اخباره ولكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك
قبل حكمه لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان رفع حكمه الى قاض امضاه
ان وافق مذهبه وان خالف مذهبه ابطله فليس حكم المحكم مثل حكم المولى فان المختلف
فيه يصير مجمعا عليه لان المحكم له ولاية على المحكمين ولا ولاية له على غيرهما واما القاضي
المولى فله ولاية على كل الناس فكان قضاءه حجة في حق كل الناس فلا يكون
للقاضي الاخر ان يرده اذا صادف محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه
ولا يصح القضاء والحكم سواء كان الحكم موليا او محكما والشهادة لمن يكون
بينهما اي بين الحاكم والمحكوم له وبين الشاهد والمشهود له ولاد وزوجية فبطل الحكم و
الشهادة لابويه وولده وزوجته للتهمة بخلاف ما اذا حكم او شهد عليهم وصح الايصاء
بلا علم الوصي اي ان جعل رجلا وصيا بعد موته ولم يعلم الوصي بذلك ثم باع شيئا من التركة بطريق
الفضولي يجوز بيعه لا يصح التوكيل حتى يعلم الوكيل فلو وكل رجلا بالبيع ولم يعلم الوكيل بذلك فباع
الوكيل لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف لان الوصي يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف
على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليست باستخلاف وعن ابي حنيفة رح
ولا يصح بيع الوصي ايضا حتى يعلم ويشترط خبر عدل او مستورين لعزل الوكيل اي اذا عزل الموكل
الوكيل فاخبره بذلك عدل او مستوران يثبت العزل فلا يصح تصرفه بعد ذلك ولو اخبر بالعزل فاسق
او مستور لم يكن اعتبار بذلك فلا يثبت العزل هذا عند ابي حنيفة وعندهما يقبل خبر العدل
والفاسق والمستور والعبد والحر على هذا اذا جنى عبد خطاء يشترط عند الحنفية علم السيد
بجناية عبده خبر عدل او مستورين فاذا باع السيد بعد ذلك عبده او عتقه يكون مختارا
للفداء ولو اخبره فاسق او مستور لا يكون كذلك خلافا لهما وكذلك في علم الشفيع بالبيع
يشترط عنده خبر عدل او مستورين وعندهما لا يشترط فلو اخبره واحد عدل او غير عدل ببيع الدار وسكت لا

يبطل الشفعة عنده خلافا لهما وكذا في علم البكر بالنكاح فان البكر اذا اخبرت بانكاح الولي اياها فان كان المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافا لهما وكذا في علم مسلم اي من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فاخبر بما عليه من الفرائض وبالشرائع ان كان المخبر واحدا عدلا او مستورين لزمه الفرائض والشرائع حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا قال الشمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه القضاء هنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام ولا يشترط خبر عدل او مستورين لصحة التوكيل فلو اخبره فاسق بان فلانا وكله بالبيع فباع يجوز وقيل قول قاض عالم عدل قال لك قضيت على زيد انا بهذا اي بالرجم مثلا فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وقيل قول قاض جاهل عدل ان استفسر باحسن تفسيره وبين سببه بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه يثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن غير الدليل دليلا ولا يقبل قول قاض غيرهما اي غير عالم عدل وجاهل عدل اي عالم فاسق او جاهل فاسق لتهمة الخطأ والخيانة فالحاصل ان القضاة اربعة انواع عالم عدل يجب قبول قوله بظاهر الامر لعدم تهمة الخطاء والخيانة وجاهل عدل فيستفسر فان احسن تفسيره وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا وجاهل فاسق وعالم فاسق لا يقبل قولهما لتهمة الخطاء والخيانة الا ان يعاين سبب الحكم

كتاب الشهادة

هي في اللغة اخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان فمن هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود وهو بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداءه شهادة وفي الشريعة اخبار بحق للغير على شخص اخر مشروط في مشروط القضاء ولفظ شاة فقوله اخبار بحق جنس يدخل فيه الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان الاقرار اخبار بحق للغير

على المخبر والدعوى اخبار بحق للمخبر على الآخر والانكار اخبار بنفي الحق على المخبر والشهادة اخبار بحق للغير على غيره ولكن يشترط ان يكون في مجلس القضاء ولفظ الشهادة فهذا القيد فصل للشهادة ويجب اداء الشهادة بطلب المدعي ولا يسع للشاهد كتمانها وسترها في الحدود افضل فالشاهد فيها مخير بين الستر والاعلان لتردده بين جهتين اقامة الحد فالستر لكن الستر افضل لقوله عليه الصلوة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك ولكن يجب ان يشهد بالمال ويقول في السرقة اخذ ولا يقول سرق احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر لئلا يجب الحد والشهادة على مراتب ونصابها للزنا اربعة رجال لقوله تعالى لولا جاء وعليه باربعة شهداء الآية وللقود وباقي الحدود غير حد الزنا رجلان ولا يقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ونصابها للبكارة والولادة وعيوب النساء فيما اي في موضع لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة وعند الشافعي يشترط الاربع وعند مالك امرأتان وان كان العيب في موضع يطلع عليه الرجال كالاصبع الزائد مثلا لا يكفي شهادة امرأة ونصابها لغيرها من الحقوق سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والايداع والوكالة والوصية والرجعة ونحو ذلك رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار والاعارة والكفالة وشرط للكل اي جميع ما تقدم العدالة الانزجار عن محظورات دينية لان من ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد يرتكب الكذب ايضا وهي شرط لوجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل الولاية والقضاء والسلطنة والامارة والشهادة عندنا فبغير العدل يجب على القاضي ان لا يقبل شهادته فاما لو قبل وحكم به صح وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة

تقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل ولفظ لان النصوص وردت بهذا اللفظ فيقيد بها ولان فيها زيادة تاكيد لان فيها معنى الحلف فانه لو قال اشهد ان افعل كذا يكون يمينا فلو لم يذكر لفظ الشهادة وقال اعلم او اتقن لم تقبل شهادته ولا بد ان يسال القاضي في السر والعلانية عن حال الشهادة في جميع الحقوق عندهما مطلقا سواء طعن الخصم اولا وبه اي بقولهما يفتى في زماننا وعند ابي حنيفة يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في مسلم ولا يسال عن الشاهد ما لم يطعن المشهود عليه فان طعن فيهما سال عنهما في السر وزكاهما في العلانية الا في الحدود والقصاص فانه يسال في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم او لم يطعن وكفى السؤال والتزكية سرا في زماننا فان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يعاملون الجارح بالاذى وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته وسوقه ان كان سوقيا حتى يعرف المزكي فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي بشهادته فيصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق تكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور وكفى واحد في التزكية والاثنان احوط في التزكية هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان وهذا الخلاف في التزكية سرا واما في التزكية علانية فالعدد شرط بالاجماع وكذا الخلاف في ترجمة الشاهد وفي الرسالة الى المزكي اي من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي فعند محمد لا يجوز الا الاثنان وعندهما يكفي واحد ولكن الاثنان احوط ولا يشترط الاشهاد الا في الشهادة على الشهادة فما يحمل الشاهد نوعان نوع يثبت حكمه بنفسه بلا اشهاد كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل فاذا سمع الشاهد ان البيع والاقرار وحكم الحاكم وراى الغصب والقتل وسعه ان يشهد ولا يشترط الاشهاد عليه لانه علم هو موجب بنفسه ما عيانا وذا مطلق لاداء

سه واحترز بقوله اصل الوقف من شرائطه لان اصله هو الذي يشهدون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لابد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد والفقير اوما اشبهه حتى لم يذكروا في

ويقول انه يعلم ولا يقول اشهد في لئلا يكون كاذبا ونوع لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع الشاهد ان يشهد بشيء عند القاضي لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وكذا لو سمع ان يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله غيره ولا يحل ان يشهد من راى خطه ولم يذكر شهادته لان الخط يشبه الخط فلعله خط غيره وقيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب وان ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق انا شهدنا وانت تعلم ولم يذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد ولا يحل ان يشهد الشاهد بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول بامرأة وولاية القاضي اي كونه قاضيا فانه يسع للشاهد ان يشهد هذه الاشياء بالتسامع وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع لان المطلق للشهادة هو العلم وذا يحصل بالمعاينة وبالتواتر فصار كالبيع والهبة وجه الاستحسان ان معاينة اسباب هذه الاشياء مختصة بجمع خاص فسبب النسب الولادة ولا يحضرها الا قابلة وسبب القضاء التقليد ولا يعاين ذلك الا الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح لا يحضره كل واحد وكذا الميت لا يعاينه كل واحد والدخول لا يقف عليه الا بامارته وان هذا وقف على كذا فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف دون الشرائط فبيان المصرف داخل في اصل الوقف قال شيخ الاسلام ظهير الدين المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على مسجد او مقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل لا على شرائطه مثل ان يشهدوا انه ما يبدا من غلته فيصرف الى كذا فلا يحل فيها الشهادة بالتسامع اذا اخبره شاهدان بهذه الاشياء عدل رجلان او رجل وامرأتان وقيل يكفي في الموت باخبار واحد لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد او واحدة ويشهد رأى انسان جالس في مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم انه قاض وكذا يشهد راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا

وبينهما انبساط الازواج انها عرسه عملا بظاهر الحال ويشهد براى شئ سوى الرقيق عبدا
كان وامة فى يد انسان متصرف فى ذلك الشئ كالملاك انه اى ذلك الشئ ملكه واشتراط
التصرف فى ذلك الشئ للشهادة قول بعض مشائخنا وبه قال الشافعى رح وبعض مشائخنا
لم يشترط ذلك ففى الهداية والكافى ومن كان فى يده سوى الرقيق اى العبد والامة وسعك
ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك وعن ابى يوسف انه يشترط مع ذلك
ان يقع فى قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا اى قوله ان يقع فى قلبه انه له
تفسيرا لاطلاق محمد رح فى روايته ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك
بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه فى يده بلا منازع
ثم راه فى يد اخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد انه للاول بالملك بناء على
يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين الملك محدودا وينسب الى فلان بن فلان
بن الفلانى وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى ينسب اليه الملك وادعى المالكية هذا المحدود على شخص حل له
ان يشهد وان لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان بن فلان فى قرية كذا
ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له
بالملك وان عاين المالك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف
تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لا يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة
واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيق حل للرائى ان يشهد لذى اليد بالملك لان الرقيق
لا يكون فى يد نفسه فيكون فى يد المستولى عليه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما
صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما فيثبت يد المستولى عليهما حقيقة وصارا
كالثياب والدواب وان كانا صغيرين او كبيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء لان لهما
يدا على انفسهما حتى اذا ادعى عبد انه حر الاصل كان القول له وعن ابى حنيفة و محمد وابى يوسف انه يحل له ان يشهد فيهما
ليجعلوا اليد لهما دليل الملك فى الكل لكن ينبغى ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر حتى لو فسر

وقال

وقال الشاهد اشهد بالتسامع او بحكم اليد بطلت شهادته ولا تقبل ومن شهد انه شهد اى حضر دفن زيدا وصلى عليه قبلت شهادته فلو شهد ان زيدا مات و فسر للقاضي ذلك قبلت شهادته وهذا عيان لان معاينة الموت لا يكون الا من واحد او اثنين فحضور الدفن اصلا بمنزلة المعاينة ولا يجري في ذلك التلبيس

فصل في قبول الشهادة وعدمه

وتقبل الشهادة من اهل الاهواء وهو جمع الهوى مصدر هوى يهوى اذا احبه واشتهاه ثم يسمى به المهوى محمودا كان او مذموما ثم غلب على غير المحمود فقيل فلان اتبع هواه اذا اريد ذمه ومنه فلان من اهل الهوى لمن زاغ عن طريق المثلى من اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة كالجبرية والقدرية والحشوية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة ومن سار بسيرهم وقال الشافعي لا تقبل الشهادة منهم الا الخطابية صنف من اهل الروافض منسوبون الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب بن الاجدع وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر بن محمد الصادق الاله الاصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه انه وزعم اتباعه ان جعفر الاله وابو الخطاب اعظم منه وهم يدينون بشهادة الزور لموافقتهم على مخالفهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون ان المسلم لا يحلف كاذبا ويقبل شهادة الذمي اذا كان عدلا في دينه على مثله وقال مالك والشافعي لا يقبل شهادتهم على احد وان اختلفا اى الذمي ومثله ملة كالنصارى واليهود فانهم صاروا من اهل دارنا فيقبل شهادة بعضهم على بعض وعلى المستامن فالذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستامن فكذا شهادته عليه وعلى المستامن وتقبل شهادة المستامن مثله اذا كانا من دار واحدة فان كانا من دارين كالترك والروم لا تقبل لان الولاية فيما بينهم منقطعة باختلاف الدارين ولهذا لا يجري بينهما التوارث ويقبل الشهادة من عدو على من يعاديه بسبب الدين والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه قيل يعرف ذلك بالعرف وتقبل شهادة من اجتنب الكبائر وان الم بصغيرة ولكن لم يصر على الصغائر فمن ارتكب كبيرة واصر على صغيرة سقطت عدالته ثم قيل الكبيرة ما سمي فاحشة في الشرع كاللواطة والزنا او شرع عليها عقوبة بنص قاطع في الدين كالحد او وعيد بالنار

قوله من اجتنب الكبائر ...

قهستاني

عيني

في العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم وما ليس بفاحشة في الشرع ولا يشرع عليها عقوبة في احد
الدارين كالقبلة والغمزة فهو صغيرة وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وما كان
حراما لغيره فهو صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى
والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة وغلب صوابه اي ان كانت حسناته اغلب من سيأته
هذا هو الصحيح في تفسير العدالة المعتبرة شرعا فالعدالة شرط لقبول الشهادة ومع
كون الشاهد عدلا جاز ان لا يقبل شهادته لمانع مثل ان يكون اعمى ومثل الاكل
في الطريق والبول عليها كما سيجيء فما قيل لابد من قيد آخر في قبول الشهادة وان يجتنب
الافعال الخسيسة الدالة على الدناءة كالاكل في الطريق ليس بسديد ويقبل شهادة الاقلف
هو الذي لم يختتن وعن ابن عباس رضي الله عنه لا يقبل شهادته وانما يقبل عندنا
اذا ترك بعذر او لخوف الهلاك فانه اذا ترك على الاعراض عن سنة او لاستخفاف في
الدين لا يقبل شهادته لانه لم يبق عدلا والخصي وولد الزنا لانه عليهما امر بلا اختيار
فلا يخل بالعدالة والتمييز وقال مالك لا يقبل شهادة ولد الزنا اي في اثبات الزنا
والعمال فالمراد عمال السلطان الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند
الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق قالوا هذا في عصرهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما
الذين في زماننا فلا يقبل شهادتهم بغلبة ظلمهم والحاصل انهم ان كانوا عدولا يقبل شهادتهم
والا لا وذكر شمس الائمة السرخسي ان العامل اذا كان وجيها في الناس ذو مروة لا يجازف في كلامه
يقبل شهادتهم واما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس ويجازف كلامهم لا يقبل شهادتهم
وقيل المراد بالعمال الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم من الناس
من قال لا يقبل شهادة هؤلاء وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذلك القائل لا يقبل
شهادتهم لان كسبهم اطيب الكسب فلا يوجب ذلك حرجا لا يقبل من اعمى لانه محتاج في تحمل
الشهادة وادائها الى تمييز بين المشهود والمشهود عليه بالاشارة اليهما والى المشهود به فيما

يجب احضاره واله هذا التميز البصر وقد عدم وقال مالك يقبل شهادته وقال زفر وهو
رواية عن ابي حنيفة يقبل فيما يجري فيه التسامع وقال ابو يوسف والشافعي اذا تحمل
الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى يقبل ولا من مملوك لان الشهادة من باب الولاية
لانها قول يلزم على الغير والمملوك ليس له ولاية على نفسه فعلى غيره اولى ولو ادى حالة الحرية
وتحملها قبلها تقبل شهادته وقال مالك شهادته مقبولة ولا من محدود في قذف وان
تاب لان رد شهادته من تمام حده وقال الشافعي تقبل شهادته الا اذا تاب الا من قد
حد في حال كفره فاسلم ثم تقبل شهادته لان هذه الشهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها
رد فان هذه الشهادة لم تكن ثابتة زمان الحد والرد ولا من عدو على من يعاديه بسبب
الدنيا وتقبل شهادة العدو للعدو ولا من سيد لعبده سواء كان عليه دين او لا لانه شهادة
لنفسه من كل وجه اذا لم يكن عليه دين ومن وجه اذا كان عليه دين ومكاتبه كما ذكرنا ولا من شريكه فيما يشتركا ولو
شهد بما ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة ولا من مخنث يفعل الردي مثل التشبيه بالنساء والتمكين
من الرجال فاما من كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة
ولا من نائحة ومغنية لانهما مرتكبان محرما ولم يرد بها التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة
الناس ولا من مدمن الشرب على اللهو اطلق الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر و
المسكر وغيرها والادمان شرط في الخمر ايضا وانما يشترط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم
بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالته وان كان شرب الخمر كثيرا وانما يبطل اذا ظهر ذلك عند الناس او يخرج سكران
فيلعب منه الصبيان والمراد بالادمان في النية وهو ان يشرب بعده ذلك كلما وجده وشرط الادمان على السكر في سائر
الاشربة وفي الخمر الادمان على نفس الشرب ولا من يلعب بالطيور لان الغالب انه نظر الى العورات في السطوح وغيرها وذا
فسق واما اذا كان يمسك الحمام في بيته للاستيناس ولا يطيرها فهو عدل مقبول الشهادة
والطنبور لان اللعب به حرام او يغني للناس واذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ذلك لكن يسمع نفسه لازالة الوحشة
فلا بأس به لا يقال ان فيه تكرارا لتقدم ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص بالمرأة وهذا

عام ولان الاولى فى تغنى المرأة مطلقا لان رفع الصوت منها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء
وهذا معنى التغنى للناس او يرتكب ما يحد به من الكبائر لانه فسق او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام
او ياكل الربوا وشرط فى المبسوط ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما يمكنه التوقى عن الاسباب المفسدة
للعقد وكل ذلك ربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لانه كبيرة او يفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد
اللعب بالشطرنج بدون القمار او فوت الصلوة فليس بفسق مانع للشهادة لان للاجتهاد مساغ فيه فعند
الشافعى رحمه الله تعالى مباح واما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال فعلم من هذا ان فى
النرد لا يشترط المقامرة او فوت الصلوة ووقع التقييد بهما اتفاقا او يبول على الطريق او ياكل
فيه او يظهر سب السلف هو فى اللغة جمع سالف وهو الماضى وفى الشرع اسم لكل من يقلد
مذهبه ويقتفى اثره كابى حنيفة واصحابه فانهم سلفنا والصحابة والتابعين سلف لابى حنيفة
واصحابه وانما لا يقبل شهادة هؤلاء لان هذه الافعال يدل على قصور العقل والمروة ومن
لم يمتنع عنها لا يمتنع من الكذب عادة ولا يقبل الشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق الشاهد ولم
يوجب حقا من حقوق الشرع او للعبد مثل هو فاسق او اكل الربوا وانما لا يقبل لان البينة انما
تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزام والفسق مما لا يدخل تحت الحكم
وليس فى وضع القاضى الزامه لانه يرفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لانها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام
والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ويمكنه ان يخبر القاضى بذلك سرا لانه لا ضرورة على ملأ من الناس
او مثل انه اى المدعى استاجرهم اى الشهود لاداء الشهادة لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار
ان كان امرا زائدا عليه فلا اثر فى اثباته لان المدعى اجنبى عنه فان قيل ينبغى ان يقبل
الشهود فى الجرح المجرد لانه فى معنى التزكية علانية قلنا فى هذه الشهادة
نسبة المشهود الى فسق فيجب عليهم التعزير بهذه الاشاعة وكان يمكنهم
ان يخبر القاضى بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة
الفاحشة من غير ان يثبت بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا وتقبل

الشهادة لو اقام المدعى عليه البينة على اقرار المدعى بفسقهم لان الاقرار مما يدخل
تحت الحكم ويقدر القاضي على الزامه لانه لا يرتفع بالتوبة ولان الشاهد لم يشهد باظهار
الفاحشة فلا يصير فاسقا وكذا تقبل على انهم عبيد لان الرق حق الله تعالى او شاربوا خمر ولم يتقادم
لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قذفوه والمقذوف يدعى لان فيه اثبات حق القذف وفيه حقان
حق العبد وحق الله تعالى والغالب فيه حق الله تعالى او شركاء المدعى بان شهدوا بمال مشترك
فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة او انه استاجرهم المدعى لاداء الشهادة واعطاهم الاجرة
لها من المال الذي كان في يده لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه او اقام المدعى عليه
البينة على اني صالحت الشهود او دفعت اليهم كذا من المال لئلا يشهدوا على بهذا الباطل
وقد شهدوا على فعليهم ان يردوا ذلك المال على فانه تقبل بينة المدعى عليه لان فيه ضرورة
ايصال المدعى عليه الى ماله حتى لو قال لم اعطهم المال لم تقبل لان فيه اظهار الفاحشة بلا
ضرورة وشرط موافقة الشهادة الدعوى لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فيجب ان يوافقها
كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى عند ابي حنيفة المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على
افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين وعندهما لا يشترط اتفاقهما لفظا و
معنى بل يكفي اتفاقهما معنى فترد الشهادة عند ابي حنيفة رح في الف والفين اي ان
شهد احدهما بالف والآخر بالفين ترد وكذا ان شهد احدهما بطلقة والآخر
بطلقتين او ثلث وعندهما تقبل اذا ادعى الاكثر حتى ان ادعى الاقل يكون المدعى
مكذبا للشاهد بالاكثر وان شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة يثبت في الف والف
ومائة الاقل وتقبل الشهادة عليه لان الشاهدين اتفقا على الاقل وهو الالف لفظا ومعنى
وهذا لان ذكر المائة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين متباينتين لا يتعلق
احدهما بالاخرى بخلاف الالف والالفين فان الالفين كلمة واحدة عند دعوى الاكثر
فان قال المدعى لم يكن حقي الا الالف فشهادة الذي يشهد بالف ومائة باطلة لان المدعى كذبه في الزيادة

فلم يبق له الا شهادة واحدة فلم يقض به وكذا اذا سكت عن دعوى المائة الزائدة لم تقبل
شهادة مثبت الزيادة لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولم يوجد حتى لو وافق فقال
كان اصل حقي الف ومائة كما يشهد به ذلك الشاهد لكن استوفيت مائة او ابراته عنها
ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق وهذا ان قصد المدعي المال
وادعاه ولا يقبل الشهادة ان قصد المدعي العقد فان ادعى انه اشترى عبد فلان
وشهد احدهما انه اشتراه بالف وشهد الآخر انه اشتراه بالف وخمسمائة لا يقبل
الشهادة لانهما لم يتفقا على عقد واحد فالشراء بالف غير الشراء بالف وخمسمائة
والمقصود اثبات العقد فاذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة وكذا
ان كان المدعي هو البائع والفرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما فتقبل
الشهادة في عتق بمال ان ادعى من له المال يعني اذا ادعى المولى انه اعتق عبده على الف
ومائة وشهد شاهد انه اعتق على الف وشهد الآخر انه اعتق على الف ومائة تقبل
الشهادة على الف لان العتق يثبت باقرار المولى فبقيت الدعوى في الدين فان ادعى المولى
الاقل لا يقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى المولى الاكثر يقبل في الاقل واما اذا ادعى العبد
ان المولى اعتقه وانكر المولى لا يقبل هذه الشهادة لان المدعي لا يقصد اثبات المال بل مقصوده
اثبات العقد وهو مختلف لان العتق على الالف يخالف العتق على الف ومائة وكذا تقبل الشهادة
في صلح عن قود ان ادعى من له المال يعني اذا ادعى ولي المقتول انه صالح القاتل على الف ومائة
وشهد شاهد انه صالحه على الف وشهد الآخر انه صالحه على الف ومائة تقبل هذه الشهادة على الاقل لان
المقصود اثبات المال اما اذا ادعى القاتل انه صالح ولي المقتول على الف ومائة وانكر ولي المقتول واختلف
الشاهدان لا تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات عقد الصلح
وكذا قبل الشهادة عن الصلح في رهن ان ادعى من له المال يعني ان
ادعى المرتهن انه ارتهن هذه الدار بالف ومائة وشهد شاهد انه بالف
وشهد الآخر انه ارتهنه بالف ومائة تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات المال اما

اذا ادعى الراهن لا يقبل وكذا تقبل الشهادة فى خلع ان ادعى من له المال يعنى ادعى الزوج على خلع امرأته على الف ومائة واختلف الشاهدان يقبل الشهادة على الاقل واما ادعت المرأة لا يقبل كما ذكرنا والاجارة نظير بيع فى اول المدة يعنى اذا ادعى الموجر او المستاجر فى اول مدة الاجارة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان لا يقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات العقد والاجارة تعيين مال بعدها اى بعد مضى المدة يعنى اذا ادعى الموجر بعد مضى المدة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات المال لا العقد وفى الصورة المذكورة لو ادعى المدعى الفين واختلف الشاهدان فى الف والفين لا تقبل الشهادة عند ابى حنيفة وعندهما تقبل ولو كان الدعوى فى النكاح واختلف الشاهدان فى المهر ثبت النكاح باقل المالين يعنى بالف عند ابى حنيفة استحسانا سواء كان الدعوى من الزوج او من المرأة والمدعى يدعى الاقل او اكثر خلافا لهما فعندهما لا يثبت النكاح وهو القياس لان المقصود من الجانبين هو عقد النكاح والنكاح بالف غير النكاح بالف ومائة فبطلت الشهادة كما فى البيع وله ان البيع فى النكاح تابع ومن حكم التبع ان لا يغير الا ترى ان النكاح لا يبطل بنفى المهر ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه واذا اتفقا على ما هو الاصل فوجب القضاء بالنكاح وبقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء باقل المالين كما مال المنفرد وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان كان المدعى هو الزوج لا يقبل اجماعا لان غرضها قد يكون المال اما الزوج فلا يقصد الا العقد والاصح ان الخلاف فى الفصلين كما ذكرنا ولزم الجر فى الارث اى من ادعى دارا واقام بينة على انها كانت لابيه لا يقضى له حتى يجر الشاهد الميراث الى المدعى بقوله مات ابوه وتركه ميراثا او مات ابوه وذا ملكه او فى يده فانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت يثبت الملك للوارث ضرورة والشهادة باليد وقت الموت شهادة بالملك لانها لا يخلف من ان يكون يده يد ملك او غصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر

وكذا لو كانت يده يد غصب لانها تصير يد ملك بالضمان لان الموت يتقرر الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا وقال ابو يوسف رح لا يلزم الجر والانتقال لقبول البينة فان قال الشاهد كان لابيه لكن اودعه او اعاره من في يده جاز ذلك بلا جر اتفاقا اما عند ابي يوسف فلعدم اشتراط الجر عنده واما عندهما فلان يد المودع والمستعير كيد المودع والمعير فصار كان الشاهد قال مات ابوه والدار في يده ويقبل الشهادة على الشهادة في كل حق لان الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة عند موته او سفره او غيبته فلو لم يقبل شهادة الفرع لبطلت حقه الثابت وكما يجوز بلا غاية يجوز في درجات حتى يجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا في حد وقود لان في الشهادة على الشهادة زيادة الشبهة من حيث البدلية فلا يقبل فيما يندرئ في الشبهة كالحدود والقصاص كما لا تقبل شهادة النساء مع الرجال وشرطها اى للشهادة على الشهادة تعذر حضور الاصل في مجلس القاضي بموت او مرض او سفر وعن ابي يوسف انه لم يجعل السفر شرطا بل يكفي مسافة لو غدا الى القاضي لاداء الشهادة لم يستطع ان يبيت باهله وشرط شرط شهادة عدد عن كل اصل فلا تقبل شهادة رجل واحد على رجل واحد خلافا لمالك رح لا يشترط تغاير فرعي هذا الشاهد وفرعي ذلك الشاهد فان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز الا اربع على كل اصل فرعان وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل الشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد بكذا او قال شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك ففي شهادة الاصل ثلث شينات وفي شهادة الفرع خمس شينات وهما لفظا طول من هذا وهو ان يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي وفيه خمس شينات ويقول الفرع اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادتي بذلك وامرني ان اشهد على شهادته بذلك وانا اشهد على شهادته بذلك وفيه ثمان شينات وبها لفظ اقصر وهو ان يقول الاصل اشهد

على شهادتي بكذا وفيه شيئان ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه ايضا
شيئان ثم احتياج الى زيادة شئ وكان يفتي شمس الائمة به وصح تعديل شهود الفرع لشهود
الاصل وكذا اذا شهد شاهدان وصح تزكية احد الشيئين للآخر لان كلا من الشاهدين من
اهل التزكية وانكار شهود الاصل بان قالوا مالنا شهادة في هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم
جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة يبطل شهادة شهود الفرع واما مع حضور
شهود الاصل لا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكر شهود الاصل ومن اقر انه
شهد بزور شهر اعلم ان الشاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته او لم
يتصل فانه ارتكب كبيرة يلحق ضررها بالمسلمين الا انهم اختلفوا في كيفية
التعزير فقال ابو حنيفة رح تعزيره تشهيره فقط و لم يعزر بالضرب والحبس
وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي رح لانه روي عن عمر رضي الله
تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة
رحمه الله تعالى ان شريحا كان يشهر ولا يضرب فيبعثه الى سوقيا
والى قوم ان كان غير سوقي بعد العصر اجمعوا ما كانوا ويقول انا وجدناه
شاهد زور فاحذروه واحذروه الناس وشريح كان قاضيا في زمان الصحابة
رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان
هذا احتجاجا منه باجماع الصحابة لا بتقليد الشريح وشاهد الزور يعلم
باقراره على نفسه بالكذب معتمدا كما يقول كذبت فيما شهدت
متعمدا وبان يشهد بقتل رجل ثم يجئ المشهود عليه بقتله حيا او بغير
ذلك **فصل** في الرجوع عن الشهادة لا رجوع عنها الا عند قاض
فللرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور او رجعت عما شهدت
به وشرط جوازه ان يكون عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص

بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي وحكمه وجوب التعزير كما ذكرنا وضمان مع
التعزير كما سيجيء فان رجعا عنها اي عن شهادتهما قبل الحكم سقطت شهادتهما ولم
يضمنا شيئا وان حكم بشهادتهما ثم رجعا بعده لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني مثل الاول في الدلالة
على الصدق وقد ظهر رجحان الاول لاتصال القضاء وضمنا للمشهود عليه ما اتلفاه بها اي
بشهادتهما وقال الشافعي رح لا يضمنان لانه لا اعتبار للتسبب عند وجود المباشرة وهو حكم القاضي قلنا
لا يمكن ايجاب الضمان على مباشره وهو القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من
جهتهما الى القضاء لانه وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع عنه يأثم ويعزل وانما يضمنان
اذا قبض المدعي مدعاه عينا كان او دينا حتى اذا قضى القاضي ولم يقبض المدعي لا يجب الضمان بل يتوقف الضمان
على القبض وان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان العبرة في هذا للباقي لا للراجع
فان شهد ثلثة ورجع احد الثلثة لم يضمن الراجع شيئا لانه يبقى من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجع اخر ضمن نصفه لانه بقي نصف نصاب الشهادة فان قيل ينبغي ان يضمن الثاني الراجع فقط لان التلف اضيف اليه
قلنا التلف مضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر لمانع وهو بقاء من يبقى بشهادته كل الحق
وهو اثنان فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما وان شهد رجل وعشرة نسوة
ثم رجعوا اي الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس المال وعليهن خمسة
اسداس عند ابي حنيفة وعليه نصف عندهما وعلى النساء نصف لان النساء
وان كثرن في الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن
الا مع انضمام رجل واحد فكان الثابت بشهادته نصف الحق وله ان كل امرأتين في الشهادة تقومان
مقام رجل واحد فعشرة نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد بذلك ستة من الرجال ثم رجعوا
وان رجعن اي النساء كلهن دون الرجل فقط فعليهن نصف المال وصار كما لو شهد ستة رجال
ثم رجع خمسة وضمن الفروع فقط ان رجع هو والاصل جميعا لان سبب الاتلاف الشهادة
القائمة في مجلس القاضي وانما وجد من الفروع فيجب الضمان عليهم عند الرجوع
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع

وان شاء ضمن الاصل وضمن المزكي ان رجع عن التزكية عند ابي حنيفة لان الحكم
يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما يثبت بالتزكية فصار
في معنى علة العلة وعندهما لم يضمن لانه اثنى على الشاهد خيرا لا شاهد الاحصان اي اذا
شهدوا على الزنا وشهد الشهود على احصان الزاني ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا لان
الاحصان شرط محض لا يضاف الحكم اليه وعند زفر يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا وضمن
شاهد اليمين لا شاهد الشرط اذا رجعوا اي اذا شهد شاهدان انه قال لعبده اذا دخلت
الدار فانت حر وشهد اخران بوجود الشرط اي الدخول وحكم بالعتق ثم رجع الكل ضمن
الشاهد اليمين لا شاهد الشرط لان شهود اليمين شهود علة والعبرة للعلة **كتاب**
الاقرار هو اخبار بحق لاخر عليه وليس باثبات للحق وحكمه ظهور المقر به لا
ثبوته وانشاءه ابتداء ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال المقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له
اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلم المال بطيب نفسه فيكون تمليكا
مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ويبطل برده و
اذا صدقه ثم رده لا يصح رده والاقرار ملزم على المقر ما اقر به فصح الاقرار بالخمر للمسلم ولا يصح تمليك
الخمر اياه ولا يصح بطلاق واعتاق مكرها ولو كان انشاء يصح لان اعتاق المكره وطلاق
واقعان عندنا فلو اقر حر مكلف اي عاقل بالغ بحق صح قيد بالحر ليصح اقراره مطلقا اذ
العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال وان كان يصح اقراره بالحدود والقصاص والعبد الماذون اذا اقر بدين
لرجل او وديعة او عارية او غصب يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذن له
فقد رضي بتعلق الدين برقبته ولو كان الحق المقر به مجهولا فكما يصح الاقرار بالمعلوم
يصح بالمجهول لان الحق قد يكون مجهولا بان تلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة
لا يعلم ارشها او يبقي عليه باقية حساب لا يحيط علم به بخلاف الجهالة في المقر له اذا
كان جهالته متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس فانها يمتنع

صحة الاقرار فاما اذا لم يكن متفاحشة بان اقر انه غصبت هذا العبد من هذا او من
هذا فانه يصح هذا الاقرار على الاصح لانه يفيد وفائدة وصول الحق الى المستحق وطريق
الوصول انهما اجتمعا على اخذه فلهما حق الاخذ وكذا جهالة المقر يمنع صحة الاقرار كما
كان يقال لرجل لك على احدنا الف درهم ولزمه اى المقر بالمجهول بيانه لان التجهيل
من جهته فلزمه البيان بماله قيمة لانه وصفه بالوجوب فى الذمة ومالا قيمة له
لا يصف بالوجوب فى الذمة والقول له اى للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منها
اى مما بين ولا يصدق المقر فى اقل من درهم فى قوله على مال فالقول له فى المقدار
ويقبل قوله فى القليل والكثير لان الكل مال الا انه لم يصدق فى اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عادة ولا يصدق المقر فى اقل من النصاب اى عشرين دينارا او مائتى
درهم فى قوله على مال عظيم من ذهب او فضة لان النصاب مال عظيم حتى صار صاحبه
به غنيا وهذا قول ابى يوسف ومحمد وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وعنه
انه اذا قال من فضة يصدق فى عشرة دراهم ولا يصدق المقر فى اقل من خمسة وعشرين فى الابل
فى قوله لفلان على مال عظيم من الابل لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان
ينبغى ان يقدر فيه خمس من الابل لانه يجب فيه شاة لكن الخمس مال عظيم من وجه حتى
وجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا يجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا
ليكون عظيما مطلقا ولا يصدق فى اقل من قدر النصاب قيمة فى اقراره بمال عظيم
فى غير مال الزكوة كالحنطة مثلا وانه قال له على دراهم فهى ثلثة لانه ادنى الجمع
ولا غاية لاقصائه ولو قال له دراهم كثيرة لم يصدق فى اقل من عشرة عند ابى حنيفة رح
وعندهما لا يصدق فى اقل من مائتى درهم ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير المبهم كذا ذكره فى
الهداية وذكر فى التتمة فى فتاوى قاضيخان لو قال كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد
واقل العدد اثنان ولو قال كذا كذا درهما فهو احد عشر لان كذا كذا كناية عن العدد

المجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل العددين ليس بينهما حرف العطف يصير احد عشر ولو قال كذا كذا درهما مع واو فهو احد وعشرون لان اقل عددين يذكران بالواو يصير احد وعشرين ولو ثلث فقال كذا كذا كذا بلا واو فاحد عشر لعدم الواو منها على التكرار لانه لا نظير للثلثة بلا واو والاقرب منه اثنان بلا واو اعنى احد عشر ولو ثلث وقال كذا وكذا وكذا مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلث اعداد مع العطف وان ربع زيد عليها الف لان ذلك نظيره ولو قال له على وقبلى كذا فهو اقرار بدين لان على للايجاب والالزام وقبلى تنبئ من الضمان يقال قبل فلان عن فلان اى ضمن فلان فلو قال المقر فى قوله له على وقبلى وهو وديعة صدق ان وصل به قوله هو وديعة وان فصل لا يصدق لان ظاهر قوله اقرار بالدين وقوله وديعة تفسير له لكن اللفظ يحتمل مجازا لان الحفظ فى الوديعة مضمون عليه والمال محل الحفظ فقد ذكر المحل واراد ما يحله فكانه قال على وقبلى حفظ كذا فيصدق موصولا لا مفصولا ولو قال عندى كذا او معى ونحوه مثل فى بيتى او فى صندوقى او كيسى فهو امانة لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذا يكون امانة ويكون مضمونا والامانة اقلهما وقوله لمدعى الالف اى لو قال رجل لى عليك الف فقال له اتزنها او انتقدها او اجلنى بها او قضيتكها ونحوهما مثل اجلنى بها او انتقدها او ابرأتنى منها او تصدقت بها على او وهبتها او احلتك بها على زيد فهو اقرار لان الكناية ينصرف الى الالف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكانه قال اتزن الالف الواجب لك على ولو لم يذكر الكناية بان اتزن او انتقد او اجلنى او قضيتك لا يكون اقرارا لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور وان قال له على مائة ودرهم او قال مائة وثلثة اثواب لزمه دراهم فى الاول وقال الشافعى رح المائة مبهمة والدرهم معطوف عليه فيجب تفسير المائة وهو القياس قلنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم فاكتفوا بذكره مرة الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما ويقال بعتك هذا بمائة درهم وهذا مما يكثر استعماله ولزم كلها اثوابا فى الثانى لانه ذكر عددين مبهمين اعنى

مائة وثلثة واعقبهما تفسير فانصرف اليهما استويا فى الحاجة الى التفسير ولا يقال لا ثواب لا يصلح
مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد وفى قوله له على مائة وثوب او ثوبان لزمه
ثوب واحد فى الاول وثوبان فى الثانى ويجب ان يفسر المائة فى الوجهين لانها مبهمة وثوب او ثوبان
لا يصلح لها لان الثوب ليس من المقدرات بخلاف قوله مائة ودرهم فان الدرهم يصلح تفسيرا للمائة
والفرق ان المقدرات كالمكيلات والموزونات يثبت دينا فى الذمة كثيرا كما فى السلم والقرض والثمن
وكذا فى جميع المعاملات فكثر استعمالها بكثرة اسباب وجوبها فاستثقلوا تكرارها فاكتفوا بذكرها
مرة كما ذكرنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها فى الذمة لان الثياب لا يثبت فى
الذمة الا فى السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقى على الحقيقة اى لا يكون تفسيرا والاقرار بدابة فى اصطبل
يلزمها اى يلزم اقرار الدابة فقط على قول محمد يلزم الدابة والاصطبل لان الاصطبل مضمون
عنده بالغصب وعند ابى حنيفة وابى يوسف رح مضمون ومثله الطعام فى البيت لان
الغصب لا يثبت فى العقار عندهما وسيف اى الاقرار بالسيف يلزمه جفنه وحمائله ونصله فهذا من باب
العطف على معمولى عاملين مختلفين والمجرور مقدم وصح اقراره بالحمل اى حمل ادمية او شاة لرجل وصح
اقراره لان له وجها صحيحا بان اوصى رجل بالحمل لرجل ومات فاقر ورثته بان هذا الحمل لفلان وصح اقراره
له ان بين سببا صالحا وهذا على ثلثة اوجه احدها ان يبين سببا صالحا بان قال اوصى
فلان او مات ابوه فورثه فاستهلكته فهذا الاقرار صحيح فان ولدت فى مدة يعلم انه كان قائما
وقت الاقرار بان وضعته لاقل من نصف الحول من مات الموصى والمورث فله اى للحمل ما اقر به
وان ولدته لاكثر من نصف حول لم يستحق شيئا وان ولدت ميتا فالمال له مردود على ورثة
الموصى او المورث وثانيها ان يبين سببا مستحيلا بان يقول اقرضنى الف درهم او باع منى شيئا
بالف فهذا الاقرار باطل ولا يلزم شيئا وثالثها ان يبهم الاقرار فانه لا يصح عند ابى يوسف و
عند محمد رح يصح الاقرار ويحمل على السبب الصالح وان اقر بشرط الخيار كما اذا قال
لفلان على الف درهم على انى بالخيار ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط لان الاقرار اخبار
ولا مدخل للخيار فى الاخبار واستثناء كيلى او وزنى وعددى متقارب من دراهم بان قال له

على الف درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة او الا فلسا صح قيمة فلزم المقر الف درهم الا قيمة دينار وقيمة قفيز الحنطة او الفلس وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان والقياس ان لا يصح هذا الاستحسان لعدم المجانسة وهو قول محمد وزفر ووجه الاستحسان ان المجانسة من وجه ثابتة لان المقدرات جنس واحد معنى لانها تثبت في الذمة والعدديات التي لا يتفاوت كالمقدرات في ذلك بخلاف ما لو استثنى الشاة او الثوب فانه لا يصح هذا الاستثناء عندنا وقال الشافعي رح لا يصح استثناء التابع كالبناء والفص والنخل بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها او قال هذه الخاتم لفلان الا فصه او قال هذا بستان لفلان الا نخله لان الاستثناء انما يكون فيما يتناوله الكلام نصا وهذا كمن قال هذه الامة لفلان الا طوقها ودين صحته مطلقا اي سواء علم سببه كما اذا استقرض مالا وعاين الشهود او علم بالاقرار ودين مرضه اي مرض الموت بسبب فيه اي في مرضه وعلم دين المرض بمعاينة القاضي او بمعاينة الشهود بلا اقرار كما اذا اشترى شيئا في مرضه وعاين الشهود او تزوج امرأة بمهر مثلها او استاجر شيئا بمعاينة الشهود سواء خبر لقوله ودين صحته وقدما اي دين الصحة ودين المرض المعلوم سببه على ما اي دين ما اقر به في مرضه ولم يعلم سببه وقال الشافعي رح هذا يساوي الاولين لاستواء سببها وهو الاقرار ولنا ان اقرار المريض وقع بما تعلق به حق الورثة او الغرماء حتى لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطا وفيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين تعلق حق الورثة بماله وقدم الكل اي كل الديون الثلاثة وهي دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الذي علم بمجرد الاقرار على الارث وان اشتمل جميع ماله لان اقرار المريض صحيح وانما يرد لحق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته ولا يصح ان يخص المريض غريما دون غريم بقضاء دينه لان حق الكل في التعليق بماله على السواء وعند الشافعي رح يصح تخصيص بعض الغرماء ولا يصح اقراره لوارثه بدين او بعين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي

في احد قوليه يصح وقيل معنى قوله الا ان يصدقه البقية اي بقية الغرماء في الدين وبقية
الورثة في الاقرار للوارث وهو خلاف الظاهر وخلاف ما صرح به في الهداية والكافي فيبطل
الاقرار وان اقر لاجنبي ثم ادعى بنوته وقال انه ابني بعده اي بعد الاقرار لانه ظهر
انه اقرار للوارث لا يبطل الاقرار ان اقر لاجنبية ثم نكح الاجنبية وعند زفر يبطل
الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر لمن ليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث
بعده بخلاف المسئلة الاولى لان دعواه يستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة
ثابتة في زمان الاقرار فلا يصح ولو اقر المريض ببنوة غلام جهل نسبه وليس له نسب
معروف وهما في السن بحيث يولد مثله اي مثل الغلام لمثله اي مثل المقر وصدقه الغلام
اذا كان الغلام ممن يعبر عن نفسه واما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه
يثبت نسبه اي نسب الغلام من المقر وشارك الورثة في الميراث لان النسب من الحوائج
الاصلية فلما ثبت نسبه صار كالوارث المعروف وشرطه ان لا يكون نسب معروف لان ذلك
يمنع ثبوت النسب من غيره فانه يولد مثله لئلا يكون مكذبا بالظاهر واذا اقرت المرأة بالولد
فان لم يكن ذات زوج يثبت النسب عنها بقولها وان كانت ذات زوج شرط تصديق
الزوج لان فيه تحميل النسب على الزوج اذ النسب منه فلا يلزم بلا التزامه او شهادة قابلة
في اقرارها بالولد فان سبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها القابلة
او غيرها ولذا قيل ذكر القابلة خرج مخرج العادة ولو اقر بنسب من غير ولاد كاخ او عم او ابن
اخ او ابن ابن لا يصح اقراره في النسب لانه حمل النسب على الغير وذا لا يجوز ولكن يرث المقر له
من المقر الميت الا ان يكون معه وارث آخر معروف قريب او بعيد فانه احق بالارث
من المقر له حتى لو اقر باخ وللمقر عمة او خالة فالارث للعمة او الخالة لانه لم يثبت نسبه
فلا يزاحم الورثة المعروفين ومن مات ابوه واقر باخ لم يثبت النسب اخيه من ابيه لان فيه
حمل النسب على الاب وابوه ميت ولا يمكن تصديقه ولكن شاركه الاخ المقر له

فى الارث لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له فيه وشركته فى الارث وللمقر فيه ولاية فيثبت الشركة فى الارث بلا ثبوت النسب من الاب ولو اقر احد ابنى انسان ميت له اى للميت على اخذ دين بقبض ابيه الميت نصفه اى نصف الدين وكذبه الابن الاخر فلا شئ له اى للمقر والنصف من الدين للاخر اى للابن الاخر الذى لم يقر لان الاقرار ينصرف الى نصيبه اى المقر

كتاب الدعوى

هى فى اللغة قيل يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وهذا معنى قوله اخبار بحق له على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة والمسالمة يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ ونعود المصدر الادعاء والدعوى اسم منه والفها للتانيث يقال دعوى صحيحة او باطلة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واما شرعا فيراد به اضافة الشئ الى نفسه فى حالة مخصوصة وهى حالة المنازعة الخصومة ولهذا قال والمدعى شرعا من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى من يكون مستحقا بقوله بلا حجة كذى اليد وقال محمد المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعى هو الصحيح لكن الشان فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق اذ المعتبر هو المعنى دون الصورة حتى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة فهو مدعى فى الظاهر لكن فى المعنى منكر لوجوب الضمان ولهذا يحلف القاضى اذا ادعى الرد انه لا يلزم رد ولا ضمان وهى الدعوى انما تصح بذكر شئ علم جنسه بان يدعى ذهبا او فضة او حنطة او شعيرا او قدره بان يقول كذا دينارا او درهما او كذا حنطة او شعيرا وهذا فى دعوى الدين وينبغى ان يذكر النوع والصفة ايضا ففى الذخيرة ان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برمية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صفتها انها جيدة او ردية

ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا ويذكر في قفيز كذا لان القفزات تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء وانما يصح دعوى العين بذكر انه في يد المدعى عليه لانه يصير خصما لكونه في يده وفي المنقول يجب ان يزيد ويقول بغير حق فان الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن فالمبيع في يد البائع لاجل الثمن الا ان هذه العلة يشتمل العقار فينبغي ان يقول فيه ايضا بغير حق وفي العقار لا يثبت اليد الا بحجة او علم القاضي وهو الصحيح لاحتمال ان يكون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه معاين وعند بعض المشائخ يكفي تصديق المدعى عليه ان العقار في يده والمطالبة به اي انما يصح الدعوى بمطالبة المدعى من المدعى عليه فهو عطف على قوله بذكر شيء وباحضاره اي باحضار المدعى ان امكن احضاره بان كان عينا منقولا ليشير اليه المدعي والشاهد والحالف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذا في المنقول بالاشارة حتى قالوا في المنقول الذي تعذر النقل كالرحى ونحوه حضر القاضي عنده او بعث امينا او ذكر قيمته ان تعذر احضاره فانه لما تعذر مشاهدة عينه تجب ذكر قيمته ليصير المدعى معلوما وفي الذخيرة ان وقع الدعوى في عين الغائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة يكون مسموعة وبينته مقبولة وان لم يذكر القيمة اشار في عامة الكتب الى انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة يتضرر به وقال فخر الاسلام اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي ببيان القيمة فان كلفه ولم يبين يسمع دعواه فاذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشاهد بطريق الاولى وذكر الحدود الاربعة او الثلثة في العقار وكما يشترط التحديد في الدعوى

يشترط في الشهادة وان ذكر الثلثة من الحدود يكتفي به عندنا خلافا لزفر بخلاف ما
اذا غلط في الرابعة فانه لا يقبل وذكر اسماء اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد لان
تمام التعريف به فان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره وفي الدار لا بد من التحديد وان كان مشهورة
عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط واذا صحت الدعوى سأل القاضي الخصم اي المدعى عليه
عنها فان اقر قضي عليه واطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف
على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما
تصير حجة باتصال القضاء بها او ينكر فيسأل القاضي المدعي بينة على دعواه فان اقام البينة
قضي عليه بها وان لم يقم حلفه ان طلبه اي طلب التحليف خصمه اي المدعي لان اليمين حقه فان المدعي
التوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف لحقه حتى لو كان الامر كما زعم يكون التوى بمقابلة التوى
فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل
التعظيم صادقا فان نكل المدعى عليه عن اليمين مرة وقال لا احلف على المدعي او سكت
بلا آفة من صمم او خرس وقضى بالنكول صح عندنا وعند الشافعي لا يقضي بل رد اليمين على
المدعي كما سيجئ وعرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلثا فيقول له اعرض عليك
اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت ثم اذا كرر العرض ثلث مرات في القضاء
بالنكول احوط والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور
على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح كما ذكرنا ولا بد ان يكون
النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ولا يرد اليمين على
المدعي وان نكل خصمه اي ان قال المدعى عليه انا احلف لا يحلف المدعي اتفاقا واذا قال لا احلف
ونكل لا يرد اليمين على المدعي عندنا وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا ونكل
المدعى عليه ليرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به والا لا وكذا اذا اقام شاهدا واحدا
وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضي له عليه بما ادعى وان نكل لا يقضى

اله بشئ ولا يحلف في نكاح بان ادعى رجل على امرأة او هي عليه نكاحها والاخر منكر فانه لا
يحلف الرجل ولا المرأة ورجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد انقضاء العدة انه راجعها في العدة
وفي ايلاء بان ادعى الزوج المولى عليها او هي عليه بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في
المدة وانكر الاخر واستيلاد بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ادعت
انها ولدت منه ولدا وقد مات وانكر المولى ولا يتصور في هذه المسئلة من الجانب الاخر لو ادعى
المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها ورق بان ادعى على مجهول النسب انه عبده
او ادعى مجهول النسب انه عبده وانكر الاخر ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه ابنه او هو يدعي عليه
انه ابوه وانكر الاخر ولم يذكر المصنف هذه المسئلة في شرح الوقاية مع انه مذكور في المتن
فكانه غفل عنها او ولاء سواء كان ولاء عتاقة بان ادعى على معروف النسب انه معتقه وانا مولاه
او ادعى المعروف عليه ذلك وانكر الاخر او ولاء الموالاة بان ادعى على رجل مجهول النسب انه مولاه
ولاء موالاة او ادعى المجهول عليه ذلك وانكر الاخر فعند ابي حنيفة رح لا يستحلف في هذه
المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يقضى عليه بالنكول لان النكول اقرار لان الحلف
واجب عليه على تقدير صدقه في انكاره واذا امتنع عن الحلف علم انه غير صادق في انكاره و
اذا كان النكول اقرارا والاقرار يجري في هذه الامور فيحلف حتى اذا نكل يقضى عليه بالنكول و
لابي حنيفة ان النكول بذل المرء بما يتحرز عن اليمين الصادق فيبذل شيئا ولا يحلف واذا
امكن حمله على البذل لا يثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء و
قد قيل في هذه الاشياء شعر وليس ان يستحلف في النكاح * والفيئ والرجعة للاصلاح *
والرق والولاء والولادة * في جحود المرء والاستيلاد * وقال فخر الدين في جامع الصغير الفتوى
على قولهما وقيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما
وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله ولا يستحلف في حد بان ادعى رجل على رجل
اخر انك قذفتني بالزنا وعليك الحد وانكر الاخر لا يستحلف بالاجماع ولعان بان ادعت المرأة على زوجها

قذفها

قذف فيها قذف موجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف بالاجماع الا اذا ادعى في النكاح والنسب مالا كمهر ونفقة وارث اى اذا ادعت المرأة النكاح وطلبت المال كمهر ونفقة وانكر الزوج يحلف فان نكل يلزم ولا يثبت الحل عند ابي حنيفة وكذا اذا ادعى رجل هو زمن على رجل انه اخ المدعى عليه وطلب ان يفرض القاضي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي اخاه فانه يستحلف المدعى عليه ولكن ان نكل يثبت ما ادعى من المال لا النسب وكذا اذا ادعى المدعى عليه وان اباهما مات وترك ما لا في يد المدعى عليه وانكر المدعى عليه فانه يستحلف وان نكل يثبت الارث لا النسب فقوله كمهر خاص بالنكاح وقوله نفقة مشتركة بين النكاح والنسب وقوله وارث خاص بالنسب وحلف السارق ان انكر وضمن المال ان نكل ولكن لم يقطع يده لان في السرقة يدعى المال والحد والمال يثبت بالنكول لا الحد وحلف الزوج ان ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول او بعده فيثبت ان نكل نصف المهر في الطلاق قبل الدخول او كله في الطلاق بعد الدخول في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان قصد المال وكذا ادعى قودا وانكر المدعى عليه حلف منكر القود اجماعا فان نكل في النفس لا يقضى بقتل ولا دية بل يحبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الدية وان نكل فيما دونها اى دون النفس يقتص منه عند ابي حنيفة لان الاطراف تستوفى بالنكول كالاموال لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فتجري فيها الابتذال الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يضمن شيئا وعندهما يلزم الارش فيما دون النفس ايضا فان النكول اقرار منه وفيه شبهة فلا يثبت به القصاص بل يلزم المال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب حلف الخصم لا يحلف عند ابي حنيفة ولو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب يحلف ويكفل بنفسه اى يقال للمدعى عليه اعطه كفيلا ثلثة ايام لئلا يغيب فيبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهو الاستيثاق واخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياسا واستحسانا وقبل اقامتها بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اذ فيه نظر للمدعي وليس في التكفيل كثير ضرر

بالمدعى عليه والتقدير بثلثة ايام مروى عن ابى حنيفة وهو الصحيح وعند ابى يوسف انه
مقدر بما بين مجلس القاضى ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال
والخطر وعن محمد انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله ان لا يخفى نفسه بذلك القدر
لا يجلس على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر
فان ابى الخصم ان يعطيه الكفيل لازمه اى دار معه حيث سار ولو كان الخصم غريبا لازم
المدعى والغريب قدر مجلس الحكم اى مقدار ما يكون القاضى جالسا فى المحكمة فقوله
والغريب عطف على الضمير المنصوب فى لازمه وكذا لا يكفل بالغريب الا الى اخر المجلس فان اتى بالبينة
فيها والا يحلف ان شاء او يدعه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على هذا القدر اضرار
بالغريب والحلف بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام ولا تحلفوا بابائكم
ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولا بالطلاق والعتاق لما روينا
فان الح الخصم به قيل صح للقاضى ان يحلف بهما اى بالطلاق والعتاق فى زماننا لقلة
مبالات الناس باليمين بالله تعالى لكن القاضى اذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضى
عليه بالنكول ولو قضى لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضى خان فى فتاواه انه اذا اراد المدعى
تحليفه بالطلاق والعتاق ففى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك التحليف فى زماننا لان
التحليف بالطلاق والعتاق ونحوه حرام وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية
ويغلظ بصفاته نحو بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى
يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك وله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص
منه الا انه يحتاط به فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين وان شاء القاضى لم
يغلظ فيقول قل بالله او والله لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم
من يمتنع اذا غلظ اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأى فى ذلك الى القاضى وقيل لا
يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ على الخطير من المال دون

قهستانى قوله والغريب عطف على الضمير فى لازمه اى لازم الخصم الغريب قدر مجلس الحكم ١٢

برجندى قوله ولا يكفل اى وكذا لا يكفل بالغريب الا الى اخر المجلس فان ابى بالبينة فيها والا يحلف ان شاء او يدعه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة اضرار بالغريب ١٢

الحقير منه لا يغلظ اليمين بالزمان والمكان وقال الشافعي ان كان اليمين في قسامة او لعان
او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فيعين الركن والمقام في مكة وعند منبر
النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة والجامع في غيرهما وان لم يكن ثمة جامع او بالزمان بعد العصر
يوم الجمعة وحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله
الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار فيغلظ على كل واحد
بما يعتقده وتغليظ اليمين به ليكون رادعا له عن اليمين الكاذبة وعند ابي حنيفة لا يحلف احد
الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض المشائخ
لما في ذكر النار في اليمين من تعظيم النار فلا ينبغي ان يعظم النار ولا يحلف الوثني الا بالله
اذ الكفرة كلهم مع اختلاف ملتهم يعتقدون بالله تعالى ولا يحلف اليهودي والنصراني والوثني
في معابدهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع ان يحضرها ومن ادعى انه ابتاع من هذا
عبدا فجحد يحلف الجاحد على الحاصل نحو بالله ما بينكما بيع قائم او ادعى نكاحا فجحد يحلف
على الحاصل نحو بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال او ادعى طلاقا فجحد يحلف على الحاصل
نحو بالله ما هي بائن منك الان والاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب ترتفع بعد وقوعه
كالبيع والنكاح والطلاق فاليمين يكون على الحاصل لا على السبب عند ابي حنيفة ومحمد رح
نحو بالله ما بعته ونحوه مثل بالله ما طلقتها لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه
لان هذه الاسباب ترتفع بان باع شيئا ثم تقايلا او طلق امرأته ثم راجعها او نكحها فلو
حلف على السبب كالبيع ونحوه يكون الحالف كاذبا ولو لم يحلف يثبت مدعى المدعي لانه لو
ادعى المعنى الظاهر كالاقالة في البيع مثلا لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد روعي
المدعي والمدعى عليه حقهما وعند ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض المدعى عليه بان يقول ايها القاضي لا يحلفني على السبب فان الانسان
قد يبيع ثم يقيل او يطلق ثم يرجع او يتزوج ثم يخلع فيحلف القاضي على الحاصل وعنه انه

ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب فان انكر الحكم
يحلف على الحاصل وعليه كثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض ذلك الى رأي القاضي فانه قيل
ينبغي ان يحلف على السبب دائما وان عرض المدعى عليه فلا اعتبار لذلك التعرض لان غاية ما في الباب
انه وقع البيع ثم وقع الاقالة ففي دعوى الاقالة يصير المدعى عليه مدعيا فعليه البينة على الاقالة
فان عجز فعلى المدعي اليمين قلنا دفع الدعوى اسهل من اثبات المدعى اذ ربما يعجز مدعي الاقالة
عن اقامة البينة ولا يامن من المدعى عليه ان يجترئ على اليمين الكاذبة قال الشايع ان كل احد
يحتال في باب الدعوى دافعا مدعى عليه ويحترز ان يكون مدعيا مثبتا واذا انكر المدعى عليه الحاصل
وقال لا بيع قائم بيننا مثلا كيف يجعله مدعيا اذ لا يجوز للقاضي ان يلزمه ان يكون مدعيا
فلذلك قال الا ان يتضرر المدعي فيكون في التحليف على الحاصل ترك النظر له فيحلف على السبب
بالاجماع كدعوى الشفيع الشفعة بالجوار والمشتري ضمن لا يراها بان كان المشتري الشافعي
المذهب فانه ربما يحلف على مذهب الشافعي رح انه لا يجب له الشفعة فان الشفعة لا تجب بالجوار عنده
فلو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر
في حق المدعي فيحلف المشتري على السبب مثل بالله ما اشتريت هذه الدار وكذا يحلف على السبب
اجماعا في سبب لا يتكرر ولا يرتفع برافع كعبد مسلم يدعي عتقه على مولاه وجحده فان المولى يحلف على
السبب بالله ما اعتقه فانه لا ضرورة الى الحلف على الحاصل فان العبد المسلم لا يجوز ان يعود رقيقا
بعد العتق وفي دعوى الامة والعبد الكافر العتق يحلف المولى على الحاصل مثل ما هي حرة او
ما هو حر في الحال لان السبب قد يرتفع فيهما ويمكن تكرار الرق اما في الامة فبالردة واللحاق بدار
الحرب ثم السبي واما في العبد الكافر فبنقض العهد واللحاق بدار الحرب ثم السبي بخلاف العبد المسلم
ويحلف على العلم من ورث شيئا فادعاه آخر اي لو ورث رجل عبدا مثلا فادعى رجل آخر انه
له ولا بينة للمدعي واراد تحليف الوارث على دعواه يحلف بالله ما تعلم ان هذا عبده ويحلف
على البتات ان وهب له او اشتراه فان الموهوب له والمشتري يحلفان بالله ليس هذا ملكا للمدعي

والاصل ان التحليف في الشرع على نوعين على البتات اي القطع وعلى العلم فان التحليف يكون على مبلغ علم من يستحلف وهو الحالف فالمشتري او الموهوب له مالك بسبب شرعي وضع للملك فيصح تحليفه على البتات اما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلفناه على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر فطولب بالعلم والضابط ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم وفي كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات فسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه يقضي عليه وصح فداء الحلف فانه اذا توجه الحلف على المدعى عليه فافتدى بمال وقال اعطيت هذه العشرة مثلا فداء عن اليمين وقبل الآخر صح وكذا صح الصلح عنه اي من الحلف كما اذا قال المدعى صالحت عن دعوى الحلف على مال وقبل الآخر صح وليس للمدعي ان يستحلفه بعد الفداء والصلح ابدا لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه

فصل

ولو اختلفا المتبائعان في قدر الثمن بان ادعى المشتري ثمنا اقل وادعى البائع اكثر منه او قدر المبيع بان اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه حكم لمن برهن اي اقام البينة على مدعاه سواء كان بائعا او مشتريا وان برهنا فالبينة لمثبت الزيادة اولى لان البينات شرعت للاثبات وحكم لمثبت الزيادة وهو البائع ان كان الاختلاف في قدر الثمن والمشتري ان كان الاختلاف في قدر المبيع وان اختلفا فيهما اي في قدر الثمن وقدر المبيع جميعا كما اذا قال البائع بعت هذا العبد الواحد بالفين وقال المشتري اشتريت العبدين بالف واقام كل واحد حجة يقبل الحجتان معا فحجة البائع في زيادة الثمن اولى لانها اكثر اثباتا وحجة المشتري في زيادة المبيع اولى لانها اكثر اثباتا وان عجزا اي المشتري والبائع عن اقامة البينة ولم يكن لكل واحد منهما بينة سواء كان الاختلاف في الثمن او في المبيع او فيهما رضي كل من البائع والمشتري بزيادة تدعيه الآخر والا تحالفا فان كان الاختلاف في الثمن قبل

الاختلاف بعده ولا يبطلوا لانه يصلح...
نقض وقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ...
فقال ان الحاكم قال ان يحلف بالله ما له عليه ...
يجب اليمين على البتات ...

ففي اصل ... فانه لو قضى القاضي ... البيع بزيادة ... او بنقص ...

والصحيح هو الاول لان الايمان وضعت كذلك لانها متعلقة بالمنكر وفيه اشارة الى ان التحالف قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشتري يدعي وجوب تسليم ... والقياس ان لا يصح لانه ملك المبيع ... الى انه لا يصح لا يملك ...

قهستاني

الاكثر ... ساكت ولا يصح الزيادة ... لا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا كما في المضمرات

للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وان كان الاختلاف
في المبيع قيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري والا فسخنا البيع ان كان الاختلاف في كل منهما
قبل ذلك لكل منهما فان رضي كل بقول الاخر فظاهر ولا تحالفا لان الغرض دفع الخصومة وقد امكن
ذلك برضاء احدهما بما يدعيه الاخر فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما
عما يختار فان لم يتراضيا استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الاخر والاصل ان الاختلاف
اذا كان في الثمن فالتحالف قبل القبض موافق للقياس لان البائع يدعي على المشتري زيادة الثمن والمشتري
ينكر والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا وهو اقل الثمنين والبائع ينكر فكان
كل واحد منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس
عند ابي حنيفة وابي يوسف فان المشتري لا يدعي على البائع شيئا لان المبيع قد سلم له
فبقي دعوى البائع على المشتري بزيادة الثمن وهو منكر وانما يثبت التحالف بعد القبض
لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
وحلف المشتري اولا في الصور الثلاثة هو الصحيح وهو المروي عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول محمد وزفر لان انكار المشتري اسبق لانه يطالب اولا بالثمن فيكون هو البادي
بالانكار فيبدأ بيمينه ولان اليمين انما شرعت لفائدة النكول ونكول المشتري
يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البائع يتأخر فائدته لان تسليم المبيع
يتأخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال للبائع امسك المبيع حتى تستوفي الثمن فكان
تقديم ما تعجل فائدته بالنكول اولى وعن ابي يوسف انه يبدأ بيمين البائع وقيل
يقرع بينهما وهذا اذا كان بيع عين بدين فان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ
القاضي بيمين ايهما شاء واذا حلفا فسخ القاضي البيع بينهما ان طلبا او طلب احدهما
وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول ومن نكل منهما عن اليمين لزمه دعوى
الاخر واذا عرض اليمين اولا على المشتري فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف

يعرض اليمين على البائع فان حلف يفسخ البيع وان نكل لزمه دعوى المشتري ولا تحالفا
ان اختلفا في الاجل سواء قال المشتري الثمن مؤجل وانكر البائع وقال المشتري الثمن موجل
الى سنة وقال البائع بل الى نصف سنة لان هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود
به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبائعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق
وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا باجل
واذا اختلفا في المبيع والثمن فكل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره فيتحالفان وقال زفر والشافعي يتحالفان اذا اختلفا في الاجل وكذا لا يتحالفان ان اختلفا
في شرط الخيار بان قال احدهما شرط الخيار وانكر الآخر او قال احدهما الخيار الى ثلثة ايام وقال الآخر
لا بل الى يومين لانهما اختلفا في امر زائد واتفقا على معقود عليه والمعقود به فلا يتحالفا ولا
ان اختلفا في قبض بعض الثمن بان قال المشتري اديت بعضه فانكر البائع ولو اختلفا في قبض كل
الثمن فالحكم كذلك حيث يكون الحلف على البائع لا غير وانما لم يذكره لان ذلك مفروغ عنه
باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى او لانه يعلم بذكر البعض وحلف المنكر اي منكر
الاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن والقول له مع حلفه وان هلك المبيع بعد
القبض ثم اختلفا في قدر الثمن لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح بعد
هلاك المبيع وحلف المشتري والقول له وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او تغير
وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب بان زاد زيادة متصلة او منفصلة
لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر منكر فان البيع يختلف باختلاف الثمن فيتحالفان ولهما قوله
عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا
والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتعدى الى هلاك

السلعة لان حال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيامها
يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف بانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى راس
ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فان العقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ
بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف ولا يتحالفان بعد هلاك بعضه اي بعض المبيع
كما اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم مات احدهما واختلفا في الثمن فقال
المشتري اشتريتهما بالف درهم وقال البائع اشتريتهما بالفي درهم يتحالفان عند ابي
حنيفة رح الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اي لا ياخذ من الثمن الهالك شيئا
اصلا ويجعل الهالك كانه لم يكن وكان العقد لم يكن الا على العبد القائم فح يتحالفان
على القائم ويفسخ العقد ويأخذ البائع العبد الحي ولا شئ له من الهالك وقال ابو يوسف
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن
مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك ولو اختلفا اي الموجر و
والمستاجر في بدل الاجارة قبل استيفاء المنفعة وقبضها بان قال الموجر اجرت الدار
شهرا بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرت بثمانية دراهم او المنفعة قبل قبضها
بان قال المستأجر استاجرت الدار شهرين وقال الموجر اجرت شهرا يتحالفا وفسخ العقد كما
في المبيع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير المبيع قبل قبض المبيع باعتبار كل واحد من
المتعاقدين يدعي على صاحبه وهو ينكر وكل من العقد معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت الاجارة
بالبيع فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار مثلا اقيمت مقام
المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا والمنفعة كالمبيع فاذا وقع الاختلاف
في المنفعة لزم التحالف كما اذا اختلفا في المبيع والاجرة كالثمن فعند الاختلاف في الاجرة لزم التحالف
كالاختلاف في الثمن فان وقع الاختلاف في الاجرة بدأ بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة بدأ بيمين الموجر
وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاما فبينة الموجر

اولى ان اختلفا فى الاجرة وبينة المستاجر اولى ان اختلفا فى المنفعة وان اختلفا فيهما نحو
ان يدعى الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقبل بينة كل واحد منهما فيما يدعى من الزيادة
فيقضى بشهرين بعشرة ولو اختلفا فى قدر الاجرة بعد قبضها اى قبض المنفعة لا يتحالفان والقول
للمستاجر مع يمينه لانه منكر للزيادة وهذا لان جريان التحالف لفائدة الفسخ والمنافع المستوفاة
لا يمكن فسخ العقد فيهما فلا يجرى التحالف فان قيل عدم جريان التحالف ظاهر على مذهب ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله تعالى لان هلاك السلعة عليه مانع للتحالف عندهما فاما عند محمد رح
فينبغى ان يجرى التحالف كما لو هلك المبيع قلنا اذا فسخ البيع بالتحالف يمكن ايجاب قيمة المعقود
عليه لان العين متقومة بنفسها وههنا اذا تحالفا فسخ العقد فلا قيمة للمعقود عليه لان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ ارتفع العقد من الاصل ولو اختلفا بعد قبض
بعضها اى قبض بعض المنفعة تحالفا وفسخت الاجارة فيما بقى اى من المدة لان عقد الاجارة
ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عقد
مبتدا فصار ما بقى من المدة كالمنفردة بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض
المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا بل الجملة معقود عليه بعقد واحد
فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى الكل ضرورة وكان القول فى مقدار
الاجرة للمستاجر فيما مضى من المدة لانه منكر للزيادة وان اختلف الزوجان فى متاع
البيت فادعى كل ان المتاع له والنكاح بينهما قائم او ليس بقائم ولا بينة لاحدهما فلها ما
صلح لها اى القول للمراة مع يمينها فيما يصلح لها كالدرع والخمار والمراة ونحوها لان الظاهر
شاهد لها الا اذا كان الرجل صائغا او يبيع ثياب النساء وله ما صلح له
كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب
فالقول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كان المراة تبيع ثياب الرجل او
يصلح لهما كالفراش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل

والعقار والمواشي والنقود فالقول فيها للزوج لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
فالاول كلها في يد زوج بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا اخر وهو اظهر من اليد
وهو الاستعمال فجعلنا القول قولها وان مات احدهما اي احد الزوجين واختلف
ورثته مع الآخر في متاع البيت فالمشكل اي ما يصلح للرجال والنساء للحي مع يمينه لان
اليد للحي لا للميت والجواب في غير المشكل على ما مر وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه والطلاق والحياة
والموت سواء وقال محمد ما صلح له فله وما صلح لها فلها وما صلح لهما فله في حال حياته
وورثته بعد موته لقيامهم مقامه وقال الشافعي ومالك وزفر المشكل بينهما وقال ابن ابي
ليلى الكل للرجل ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله ثياب وان
كان احدهما عبدا اي مملوكا سواء كان محجورا او ماذونا فالكل اي كل متاع البيت
للحر في حال الحياة لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وقال
ابو يوسف ومحمد الماذون والمكاتب كالحر وان مات احدهما فكل المتاع للحي حرا كان او عبدا
بعد الموت لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا ذكره في الهداية والجامع الصغير
للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني والامام فخر الدين قاضي خان وذكر شمس الائمة
في جامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد والزعفراني الحر منهما
بالراء ولو ادعى رجل عبدا مثلا في يد رجل انه له سقط دعوى الملك المطلق ان قال وبرهن
ذو اليد على ان العبد للمدعى مثلا وديعة زيد عندي او عارية او رهن او موجر او مغصوب من
زيد لانه اثبت بالبينة ان يده ليست يد خصومة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة
لا يخرج من خصومة وان اقام البينة على ما قال ابن ابي ليلى يخرج من خصومة بمجرد قوله بغير
بينة وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد صالحا يدفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل
لم يندفع الخصومة عنه باقامة البينة رجع اليه حين ابتلى بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال قد ياخذ

قال النسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يغيب من البلدة حتى يودعه بشهادة الشهود
حتى اذا جاء المالك والمراد ان يثبت ملكه يقوم ذو اليد البينة ان فلانا اودعه فيبطل حقه
ويدفع خصومة المالك وهذا اذا قال الشهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال
الشهود ذو اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم اصلا ولا يندفع خصومة
المدعي عن صاحب اليد بالاجماع وعند محمد ان قال شهود ذو اليد نعرف المودع بوجهه
ولا نعرف باسمه ونسبه لا يندفع الخصومة عنه وعن ابيحنيفة يندفع الخصومة بالبينة
وهذه المسئلة يسمى مخمسة كتاب الدعوى فان المخمسة من العلماء اقوالا كما
ذكرنا وهي ايضا خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشئ لفلان الغائب عندي وديعة
او عارية او اجارة او رهن او غصب ولو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق كان
حجة الخارج في الملك المطلق احق من حجة ذي اليد لان حجته اكثر اثباتا وعند
الشافعي حجة ذي اليد احق وان وقت احدهما فقط دون الاخر وهذا عند ابيحنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى ولو ادعى رجلان
ملكا مطلقا والمدعى في يد ثالث ولم يوقتا او وقتا وقتا واحدا وبرهن خارجان
على شئ قضي لهما نصفين لاستوائهما في الحجة وعند الشافعي تهاترت البينات
اي سقطت ولو ادعى خارجان وبرهنا في النكاح اي نكاح امرأة سقطا ولم يقض بواحدة
من البينتين لان العمل تعذر بهما لانه لا يحتمل الشركة بخلاف الملك فان الشركة فيه ممكن
وهي زوجة لمن صدقته لانه يحكم بالنكاح بتصادق الزوجين وان ارخا اي المدعيان
الزوجية فالسابق احق لما فيه من زيادة الاثبات ويلزم من ذلك بطلان نكاح الاخر وان
اقرت المرأة بالزوجية لاحدهما فهي زوجة له لتصادقهما عليه فان برهن الاخر على
انها زوجته قضي بها له لان البينة اقوى من الاقرار وان برهن احدهما على انها زوجته
وقضي بها ثم ادعى وبرهن الاخر على انها امرأته لم يقض له بها لان الشئ لا ينقض بما دونه

لاتصال القضاء بالاول دون الثاني الا اذا ثبت الآخر سبقه اي سبق نكاحه على الاول
لم يقض بها للثاني لظهور الخطاء في الاول وهذا كما لم يقض بحجة المدعي على الخارج على
زوج ذي يد ظهر نكاحه الا اذا ثبت سبقه اي اذا كانت المراة في يد رجل ونكاحه ظاهر
وادعى الخارج انها زوجته واقام البينة لم يقض له الا اذا اثبت ان نكاحه سابق وان ادعى
رجلان كل واحد منهما انه اشترى شيئا من صاحب اليد وبرهنا على شراء شئ
من ذي اليد فلكل نصفه بنصف الثمن وتركه اي لكل واحد الخيار ان شاء
اخذ نصف ذلك الشئ بنصف الثمن وان شاء تركه وانما خير كل من المشتريين
لانه ما رضي بالعقد الا ان يسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه فخير ولو ترك احدهما
بعد ما قضي له بان قال بعد قضاء القاضي لا اختاره لم ياخذ المدعي الآخر كله لانه صار
مقضيا عليه في النصف الذي هو نصيب الآخر فانفسخ البيع فيه بخلاف ما لو قال ذلك
قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ كله لانه يدعي الكل وان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا واقاما البينة كان الشراء احق من الهبة لان الشراء عقد ضمان
يوجب الملك في العوضين والهبة ينزع وكذا لو ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة او
الرهن لان الشراء احق من صدقة ورهن مع قبض ولو ادعى رجل الشراء من ذي اليد وادعت
المراة ان ذا اليد تزوجها عليه كان الشراء والمهر سواء فيقضى لكل واحد منهما
بالنصف لان كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه كما في الدعوى بين المشتريين
فان قيل الشراء مبادلة مال بمال والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال
فكان الشراء اولى قلنا النكاح اولى لان الملك في الصداق يثبت بنفس
العقد ويتاكد حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الشراء وقال محمد الشراء
اولى وكذا لو ادعى احد الخارجين على ذي اليد انك غصبت هذا الشئ مني والآخر ادعى
اني اودعت هذا الشئ عندك وبرهنا كان الغصب والوديعة سواء فينصف

الشئ

الشئ بينهما لاستوائهما فان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا واعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخ اما ان يكون بيدعيا ملكا مطلقا اوارثا اوشراء وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى فى يد ثالث اوفى يدهما اوفى يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانهما اما ان لم يؤرخا اوارخا تاريخا واحدا اوارخا وتاريخ احدهما اسبق اوارخ احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا ولا ترجح بكثرة الشهود وزيادة عددها حتى لواقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء فان الترجيح عندنا لايقع بكثرة العلل بل بقوة العلة وعند الاوزاعى لاكثر العدد ولا يرجح ايضا بزيادة العدالة وعند مالك يقضى باعدل البينتين ولوادعى احد الخارجين نصف الدار فى يد رجل والخارج الآخر ادعى كلها وبرهنا على ذلك فعند ابى حنيفة يقسم الدار بين مدعيين ارباعا بطريق المنازعة فالربع للاول اى لمدعى النصف والباقى للثانى اى لمدعى الكل فابو حنيفة رح اعتبر فى هذه المسئلة طريق المنازعة وهو ان نصف الدار سلم لمدعى الكل بلا منازعة لثبوت منازعتهما فى النصف الآخر فيتنصف بينهما فنجعل الدار على اربعة اسهم لحاجتنا الى الرابع واقل مخرجه اربعة فلمدعى الكل ثلثة ارباع ولمدعى النصف ربع وقالا يقسم الدار بينهما اثلاثا الثلث للاول والباقى للثانى فهما اعتبرا طريق العول والمضاربة واما العول فلان فى المسئلة كلا ونصفا والمسئلة من اثنين ويعول الى ثلثة فلمدعى الكل سهمان ولمدعى النصف سهم واما المضاربة فلان كل واحد منهما يضرب اى ياخذ بقدر حقه فلمدعى الكل الثلثان من الثلثة ولمدعى النصف ثلث لان الدار جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف بواسطة دعوى النصف ففى المسئلة سهمان وسهم اى مثلثان وثلث فيضرب صاحب الكل حقه وهو ثلثان فى الدار فحصل له سهمان ويضرب صاحب النصف حقه وهو الثلث فيها فحصل له سهم فان

تقرير

معنى ضرب الكسور في عدد اضافة الكسر اليه فضرب ثلثين في الدار التي جعلت ثلثه
اضافة الثلثين اليها اي ثلثان من الثلث وضرب الثلث فيها اضافة اليها وان كانت
الدار معهما اي في يد المدعيين الذين يدعي احدهما نصفا والاخر الكل وبرهنا فهي اي
الدار كلها للثاني اي المدعي الكل نصف بالقضاء ونصف لا به اي لا بالقضاء وكان الدار
اذا كانت في يدهما يكون النصف في يد كل واحد منهما فالنصف الذي في يد مدعي
الكل لا يدعيه احد فيترك في يده والنصف الذي في يد مدعي النصف يدعيه
كل واحد منهما فمدعي الكل خارج وبينة الخارج اولى ولو برهن الخارجان على
نتاج دابة اي على انها نتجت عندهما وارخا اي ذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين قضي لمن وافق تاريخه سنها لان الحال يشهد له فيرجح وان اشكل
السن فلهما اي تكون الدابة بينهما نصفان وصار كانهما لم يذكرا تاريخا اما اذا
خالف سنها من تاريخين بطل البينتان ويترك الدابة مع ذي اليد بظهور كذب
الفريقين وذو اليد مبتدأ المستعمل خبره كمن لبس فاذا تنازعا في قميص مثلا
واحدهما لابسه دون الاخر فذو اليد اللابس وكذا اذا كان الاخر اخذ الكم القميص
مثلا واحدهما لابسه دون الاخر فذو اليد هو اللابس لا اخذ الكم لان تصرف
اللابس اظهر وكذا لو كان احدهما راكبا فان الراكب هو ذو اليد لا اخذ اللجام وكذا من كان
راكبا في السرج هو ذو اليد لا رديفه وكذا لو تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما كان ذو اليد
هو ذو الحمل لا من علق كوزه عليه وكذا لو تنازعا في حائط فذو اليد من اتصل الحائط
ببنائه اتصال تربيع لانهما انما يبنيان ليحيطان مع جدارين اخرين بمكان مربع او
وضع عليه اي على الحائط الجذوع فهو ذو اليد ولا اعتبار لوضع خشبات عليه
حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه خشبات وليس للاخر شيء فهو بينهما ولا يختص به
صاحب الخشبات ولو تنازعا في البساط واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما

حيث يكون جالس البساط والمتعلق به سواء لان الجلوس ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا البساط الغير بمجرد الجلوس عليه وكذا اى سواء من معه ثوب وطرفه مع آخر اى اذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما يثبت يده على هذا الثوب الا ان يد احدهما يثبت في اكثره ويد الآخر ثبت في اقله و الزيادة ليس من جنس الحجة فلا يوجب ترجيحا كما لو اقام احد المدعيين شاهدين واقام الآخر اربعا وذو بيت من دار كذى بيوت منها في حق ساحتها فان الساحة بينهما نصفين لانهما سواء في استعمال المساحة بالمرور وكعل المرور لصاحب القليل اكثر بان كان ولاجا خراجا

فصل في دعوى النسب

جارية مبيعة ولدت لاقل من نصف حول مذ بيعت فادعى البائع الولد يثبت نسبه اى نسب الولد منه اى من البائع ويثبت امية الولد لها ويفسخ البيع ويرد الثمن والقياس ان يبطل دعواه ولا يثبت النسب من البائع اذا لم يصدق المشتري وبه اخذ زفر والشافعي رح لان البائع مناقض في كلامه فان البيع اعتراف منه بانها امة فبالدعوة يصير مناقضا ولنا ان العلوق امر خفي فيعفى فيه التناقض وكون العلوق في يد البائع دليل على انه منه اذ الظاهر عدم الزنى منهما واذا صحت الدعوى استند الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده ولو ادعاه اى البائع الولد بعد عتقها اى بعد عتق المشتري الام وقد جاءت به لاقل من نصف حول يثبت نسبه اى نسب الولد من البائع ويرد حصته من الثمن اى يرد البائع حصة الولد فانه يقسم الثمن على قيمة الام وقيمة الولد فما اصاب الولد يرد البائع الى المشتري وما اصاب الام لا يرد فان قيل ينبغي ان لا يصح اعتاق المشتري ويجب عليه رح كل الثمن فانه لما ثبت نسب الولد ظهر ان الام ام ولد البائع فلا يصح البيع وحينئذ يبطل الاعتاق و يجب عليه كل الثمن قلنا لما اعتق المشتري الام فقد حل بالام ما ينسنع وهو

العتق صحت الدعوى بالنسبة اليها لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد وحريته صيرورة الام ام ولد كولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه ليست ام ولد بل هي امة لمولاها كما في المستولد بالنكاح يثبت النسب ولا تصير الامة ام ولد ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع او بعده وعن ابرهيم النخعي دعوة المشتري اولى اما لو ادعاه المشتري اولا قبل دعوة البائع يعتبر دعوة المشتري ولا يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري نكحها اولا واستولدها ثم اشتراها وان مات الولد فادعاه البائع وقد ولدت لاقل من نصف حول لا يعتبر دعوة البائع بعد موت الولد ولم يثبت نسبه لاستغنائه ولم تصر الامة ام ولد لان الاستيلاد فرع نسب فاذا لم يثبت نسب لم يثبت الاستيلاد واما ان ماتت الام والولد حي فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من نصف حول يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب لان الولد اصل في ثبوت النسب قال النبي عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها واذا صحت الدعوى بعد موت الام فعند ابي حنيفة يرد كل الثمن وعندهما يرد حصة الولد لا حصة الام او اعتقه اي لو اعتق المشتري الولد لا يعتبر دعوة البائع ايضا لا في حق الام ولا في الولد لان الولد هو المقصود في ثبوت النسب والام تبع واذا اعتق المشتري الولد فقد حل بالولد ما يمنع الدعوى فلم يصح الدعوى في حق الولد فلا يصح في حق الام ايضا لانها تبع له نعم للبائع حق استحقاق النسب لكن الثابت للمشتري حقيقة الاعتاق فسقط الحق بضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها وكذا لا يعتبر دعوة البائع لو ولدت لاكثر من نصف حول او اقل من سنتين لانه احتمل ان العلوق لم يكن في ملكه فلم يوجد الحجة الا اذا صدقه المشتري حيث يثبت النسب ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد البائع لانهما تصادقا ويحتمل ان يكون العلوق في ملكه ولو ولدت لسنتين من وقت البيع او اكثر منها ردت دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه لكن يكون هو ام ولد بنكاح ان

صدقه المشتري فيثبت النسب منه ويحتمل ان البائع استولدها بحكم النكاح ثم امره على الصلاح ولا يبطل البيع الولد عبد للمشتري ولا يصير الامة ام الولد للبائع كما لو ادعاه اجنبي آخر لان بتصادقهما ان الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البائع لا يدعي ذلك كيف يكن وان الولد لا يبقى في بطن لاكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع فلا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للام ولا يظهر بطلان البيع

كتاب الصلح

هو في اللغة اسم بمعنى المصالحة وهي خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فصالحا ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا يفضي الى المنازعة وصح الصلح باقرار اي مع اقرار المدعى عليه وانكار اي المدعى عليه وسكوته اي المدعى عليه وقال الشافعي رح لا يصح الصلح مع انكار وسكوت فالاول اي الصلح مع اقرار كبيع اي بمنزلة البيع ان وقع الصلح عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراض ففيه اي ففي هذا الصلح يجري الشفعة اذا كان المدعى او بدل الصلح عقارا ويجري فيه الخيارات خيار الرؤية والعيب والشرط فلو صالح عن دار او على دار فللشفيع الشفعة ويثبت الرد بالخيارات الثلاث من المدعي والمدعى عليه في بدل الصلح والمصالح عنه ويفسده اي الصلح جهالة البدل مثل ان يكون البدل عبدا او دابة لان جهالة البدل مفضي الى المنازعة وما استحق من المدعى رجع المدعى عليه على المدعي يرد المدعي حصته اي حصة ما استحق من العوض وما استحق من البدل اي المصالح عليه رجع على المدعى عليه بحصته من المدعى وان استحق الكل رجع بالكل لانه مبادلة كالبيع وحكمه الاستحقاق هذا والصلح مع اقرار كاجارة ان وقع عن مال بمنفعة لوجود معناها هو تمليك المنفعة بعوض كما اذا ادعى دارا ثم صالح

عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة وح يعتبر فيه ما يعتبر في الاجارة فتشرط التوقيت
فيه ان كان البدل منفعة يعرف بالتوقيت كسكنى الدار والخدمة بخلاف ما اذا وقع الصلح
على نقل هذا الشئ من هنا الى بغداد فانه لا يشترط فيه التوقيت ويبطل الصلح بموت
احدهما اى المدعى عليه والمدعى في المدة كما يبطل الاجارة وعند ابى يوسف ليس هذا
الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها بسكنى دار او خدمة عبد
او ركوب هذه الدابة الى بغداد ولبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعى او المدعى عليه او محل
المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف ان مات
مدعى لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه فان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد
وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب والاخران
اى الصلح مع سكوت والصلح مع انكار معاوضة بمعنى البيع والاجارة في حق المدعى
لان الاعتبار في العقود للمعانى وفي زعم المدعى انه ياخذه عوضا عن حقه وفداء
اليمين وقطع النزاع وخصومة في حق المدعى عليه لان في زعمه ان لا حق له عليه فلا
شفعة في الصلح عن دار مع السكوت او الانكار لان المدعى عليه يزعم انه يستبقى الدار
مملوكة على نفسه من هذا الصلح ويدفع المال لقطع خصومة المدعى وزعم المدعى ليس بحجة عليه
بل يجب الشفعة في الصلح على دار لان المدعى ياخذ الدار عوضا عن حقه في زعمه فيؤخذ بزعمه
فيجب الشفعة وما استحق من المدعى فيهما اذا وقع الصلح عن انكار او سكوت فكما مر في الصلح
عن اقرار من ان ما استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض ففى الصلح عن انكار او سكوت
اذا استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض واذا استحق كل المدعى كل العوض
وخاصم المدعى مع المستحق لان ما اخذ عوضا في زعم المدعى وبالاستحقاق فات
المعوض عنه فلزمه رد العوض وما استحق في الصلح عن انكار وسكوت من العوض رجع
المدعى الى الدعوى اى اذا استحق بعض العوض من يد المدعى رجع الى دعوى

بحصة ما استحق من العوض وهو مصالح عنه واذا استحق كل العوض رجع الى الدعوى ما
استحق لان المعوض عنه في الصلح عن انكار او سكوت هو الدعوى فاذا استحق العوض رجع
بالمعوض عنه وهو المدعى ولو ادعى دارا وصالح على بعض من دار بعينها لم يصح الصلح
والمدعى على دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء بعض
الحق واسقاط للبعض والاسقاط لا يرد على الاعيان بل هو مخصوص بالديون هذا
جواب غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فانه يصح الصلح وفي الذخيرة رجل ادعى
دارا في يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من دار اخرى المدعى عليه فهو جائز وان
وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقع الدعوى فيها فكذلك الصلح جائز
لان في زعمه انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فداء
عن يمينه وحيلته ان يزيد المدعى عليه في البدل شيئا ليكون المدعى مستوفيا بعض حقه
واخذ العوض عن البعض او يبرأ المدعى عن دعوى الباقي لان هذه براءة عن دعوى
العين والبراءة عن دعوى العين صحيحة كما اذا مات واحد وترك ميراثا فابرأ
واحد من الورثة عن نصيبه من الميراث لا يصح لان هذه براءة عن الاعيان
وذا لا يجوز وصح الصلح عن دعوى المال لانه في معنى البيع وعن دعوى المنفعة بان
ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقر به فصالحه الوارث
على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عن المنفعة بالاجارة فكذا بالصلح قيل يحتاج الى هذا
لان الرواية محفوظة انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكره ثم صالح لا يجوز وعن دعوى الجناية
في النفس بان ادعى ولي القتيل ثم صالح وما دونها كالاطراف عمدا كانت الجناية لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الآية اي من اعطي له من دم اخيه المقتول شيء بطريق
الصلح او خطأ لان موجب جناية الخطأ المال فيصير الصلح بمنزلة البيع وعن دعوى
الرق بان ادعى رجل انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال اعطاه صح فان كان الصلح

مع اقراره كان عتقا في حقها حتى يثبت الولاء وان لم يكن مع اقرار يجعل في حق المدعى عليه بدلا للمال لدفع الخصومة وفي حق المدعي كانه اعتقه على مال الا انه لا ولاء لكل لعدم اقرار المدعى عليه الا ان يقيم المدعي بعد ذلك بينة فيقبل بينته على اثبات الولاء وعن دعوى الزوج اي رجل على امرأة نكاحا فان اقرت يكون الصلح خلعا مطلقا وان انكرت او سكتت يكون الصلح خلعا في زعم الزوج لا في زعمها حتى لا يجب عليها العدة وان تزوجت زوجا آخر جاز في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت انها كانت زوجة للاول لا يحل لها التزوج في عدته وان علمت انها لم تكن الزوجة للاول حلت قالوا لا يحل للزوج اخذ البدل فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه والظاهر ان هذا عام ولا اختصاص له بدعوى النكاح فكان الصلح عتقا بمال في دعوى الرق وخلعا في دعوى النكاح كما ذكرنا لان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه ولم يجز الصلح عن دعواها على الزوج النكاح هكذا ذكره في بعض نسخ مختصر القدوري وفي بعضها قال يجوز وجه عدم الجواز ان الزوج اذا بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل بترك الدعوى منها فرقة فالعوض في الفرقة لم يشرع من جانب الزوج بل من جانبها اذ لم يسلم من هذه الفرقة للزوج شيئا وانما المرأة هي تسلم لها نفسها وتخلص من الزوج وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الصلح فيكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذت عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده ولا يجوز عن دعوى حد حتى لو اخذ زانيا او سارقا او شارب الخمر فصالح المدعي بدراهم على ان يعفو عنه فان الصلح باطل ومن وكل رجلا بالصلح عنه صح ولزم بدل صلح هو كبيع كما اذا وقع الصلح عن مال بمال من غير جنس المصالح عنه ويكون الصلح مع اقرار على الوكيل بالصلح لانه بمنزلة البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل لان الحقوق فيه راجعة الى الوكيل وما اي بدل صلح ليس كبيع كالصلح عن دم عمد او الصلح عن بعض دين يدعيه لزم على الموكل دون الوكيل لان الصلح في هاتين الصورتين ليس

كالبيع

كالبيع اما الاول فلان فيها اسقاط محض فكان الوكيل سفير محض فلا ضمان عليه واما الثاني فلانه اخذ بعض الحق واسقط الباقي فيرجع الحقوق الى الموكل وان صالح عن رجل فضولي بغير امره فهذا على وجوه ان صالح بمال وضمن البدل تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه البراءة وصلح الفضولي ان يكون اصلا في الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه او اضاف الصلح الى ماله بان قال صالحتك على الفي هذا او عبدي هذا او اشار الى نقد او عرض بان قال صالحتك على هذا الالف او على هذا الثوب من غير ان ينسبهما الى نفسه فالصلح واقع عن الفضولي وتم ولزم تسليم المال اليه او اطلق المال بان قال صالحتك على الف درهم ونقد المال وسلم صح وتم وان اطلق المال ولم ينقد فالصلح موقوف ان اجازه المدعى عليه صح الصلح ولزم المال على المدعى عليه والا اي وان لم يجز المدعى عليه ذلك الصلح رده وبطل هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم بل ينفذ الصلح على المصالح وصلحه على بعض جنس ماله عليه كما اذا كان لرجل على اخر الف درهم فصالحه على خمسمائة مثلا اخذ بعض حقه وحط الباقية فكانه ابرأ عن بعض حقه بان قال صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يقل ابرأتك عن الباقي جاز ويبرأ المطلوب عن الباقي لا معاوضة اذ لا يمكن جعله معاوضة لما فيه من الربوا لان بعض الشئ لا يصلح عوضا للكل وتصرف العاقل تصحيح ما امكن فيجعل اسقاطا فصح الصلح عن الالف حال على مائة حالة فيجعل اسقاطا لما فوق المائة وعن الف حال على الف مؤجل فيجعل اسقاطا لوصف الحلول او عن الف جياد على مائة زيوف فيجعل اسقاطا لما فوق المائة بوصف الجودة في المائة فلو يصح الصلح عن دراهم على دنانير موجلة الى شهر مثلا لان الدنانير غير مستحقة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيجعل معاوضة فيكون بيع صرف وبيع الدراهم بالدنانير لا يصح او عن الف مؤجل على نصفه حالا

لانه جعل وصف الحلول في مقابلة خمسمائة فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام او عن
الف سود على نصفه بيضاء لانه يكون معاوضة الف سود بخمسمائة وزيادة وصف فكان
ربوا ومن عليه دين وامر باداء نصف دين عليه غدا على انه برئ مما زاد ان قبل وفعل برئ
من النصف الاخر وان لم يفعل ولم يؤد الخمسمائة ثم عاد دينه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ومحمد وعند ابي يوسف رح لا يعود دينه لان البراءة حصل مطلقا فيثبت
البراءة مطلقة وهذا لانه لم يذكر للابراء عوضا سوى النقد في الغد وهو لا يصلح
عوضا لانه كان واجبا عليه للطالب قبل الصلح فلا يصلح عوضا في الصلح واذا لم يصلح
عوضا كان ذكره والعدم بمنزلة واحدة فكان الابراء حاصلا مطلقا فلا يعود دينه
ولهما ان الابراء مقيد بشرط مرغوب فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته وهذا لانه
ابراء بتعجيل خمسمائة واداءها غدا ولعل له رغبة في ذلك خوفا من افلاسه وقوله على انه
برئ خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط لان على يجئ للشرط ولا يقال
كلمة على دخلت على البراءة بمنزلة دخولها على الاداء شرطا للبراءة لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة
دخولها على الحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الاخر فانه ما رضي بالبراءة
مطلقا بل براءة على تقدير خمسمائة فصارت البراءة مشروطة بالاداء ولو علق البراءة بشرط
صريحا كان اديت او اذا اديت او متى اديت الي كذا من الدين فانت برئ من الباقي
لا يصح الابراء لتعلقه بالشرط الصريح وتعليق البراءة بالشرط الصريح باطل كقوله
ان دخلت الدار فانت برئ لان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول
وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز
وتعليق الاسقاط بالشرط كالاعتاق والطلاق جائز ففي الابراء المشتمل على المعنيين
قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح به عملا بالشبهتين ولو كان الدين
مشتركا بين الشريكين بان يكون واجبا بسبب واحد كثمن المبيع اذا كان

البيع صفقة واحدة مثل ان جمع اثنان في عبدين لكل واحد منهما عبد وباعاهما صفقة واحدة فيكون الثمن دينا مشتركا بينهما وكان الدين لمورث بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه وكقيمة المستهلك المشترك ولو صالح احدهما في دين مشتركا من نصفه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع شريكه غريمه بنصفه اى نصف الدين او اخذ نصف الثوب من شريكه واصله ان الدين المشترك اذا قبض احدهما منه فلصاحبه الخيار ان شاء شركه في عين المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ العين خير من الدين لان الدين ليس بمال في الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو القبض وهذه قبل وهذه الزيادة مستندة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة فكان له ان يشاركه في المقبوض ولكنه المشاركة باق على الملك القابض لان حق الشريك في الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين غريمه ويضمن لشريكه حصته اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب الشريك بالخيار ان شاء يتبع الغريم بنصف الدين لانه كان عليه ولم يستوفه فيبقى في الذمة وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع وقيل المسئلة بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصفه سلعة لم يشركه الاخر فيها ووضع المسئلة في الدين لان في العين بين الشريكين اذا صالح احدهما من نصيبه على شئ لم يشارك الاخر فيه

كتاب الحدود

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدا لمنعه الناس عن الدخول وسميت عقوبة الجاني حدا لانها يمنع عن المعاودة وارتكاب سببها وفي الشريعة عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى خاصة فلا يكون تعزير حدا لعدم التقدير لانه مفوض الى رأى القاضي ولا قصاص حدا لانه حق العبد وهو ولي القصاص

واعلم ان بعض الاحكام حقوق الله تعالى خاصة وهي عبادات خالصة كالايمان والصلوة
والزكوة والصوم والحج والجهاد وعقوبات خالصة كالحدود لانها شرعت لمصلحة تعود الى كافة
الناس فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فراش المسلمين عن الفساد وشرع حد الشرب لصيانة
عقولهم وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم والزنى
وطي الرجل في قبل خال عن الملك اي ملك النكاح وملك اليمين وشبهته اي شبهة
الملك لمعتدة البائن او الثلاث او امة ابن الواطي كما سيجيء ويثبت الزنى عند الامام
بشهادة اربعة بالزنى صريحا لا بالوطي وجماع فيسالهم الامام عن الزنى ما هو وانما يسال عن
الماهية لان من الناس يعتقد ان كل وطي حرام زنى ولان الشارع اطلق الزنى على
غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان وزناهما النظر ويسال كيف هو قيل
انما يسال عن الكيفية للاحتراز عن التماس الفرجين من غير ايلاج وقيل
للاحتراز عن صورة الاكراه ويسالهم من اين زنى للاحتراز عن الزنى في دار
الحرب او البغي فهو لا يجب الحد ويسال متى زنى للاحتراز ان يكون العهد
متقادما فان حد الزنى لا يقام بعد تقادم العهد ويسال بمن زنى للاحتراز
ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها فان بينوا ذلك وقالوا
زانياه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة يسال الامام عنهم وعدلوا سرا وعلنا
على ما سيجيء في الشهادة حكم به اي بحد الزنى ويثبت الزنى باقراره اي باقرار
الزاني العاقل البالغ على نفسه بصريح الزنى اربعا في اربعة
مجالس من مجلس المقر وقال ابن ابي ليلى يقام الحد بالاقرار
اربع مرات وان كان في مجلس واحد وقال الشافعي رح يحد بالاقرار
مرة واحدة يرده الامام كل مرة بان يقول ابك خبل ابك جنون
ويزجره من الاقرار ويظهر الكراهة ويامر بتنحيه فيذهب حيث لا

يراه الامام ثم يجئ فيقر فاذا تم اقراره اربع مرات فيسأله من الزنا كما مر اى ماهو وكيف هو
واين زنى ومتى زنى وبمن زنى وقيل لا يسال عن متى زنى هنا لان التقادم يمنع
الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسال لجواز انه زنى فى صباه فان بين الامور المذكورة
حسب للامام تلقينه رجوعه عن الاقرار بلعلك لمست ونحوه كلعلك قبلت او تزوجتها او
وطيتها بشبهة فان رجع المقر قبل اقامة حده او فى وسطه قبل رجوعه خلى سبيله وقال
الشافعى رح وقول ابن ابى ليلى يقيم الحد عليه والا يرجع حد وهو اى الحد للمحصن لحر مكلف
عاقل بالغ مسلم وطى امرأة بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان اى الامور التى يثبت به الاحصان
ماعدا الوطى كانت حاصلة قبل هذا الوطى فاذا وجد الوطى تم جميع مايثبت به الاحصان
رجمه خبر لقوله هو فى فضاء حتى يموت يبدأ به اى بالرجم شهوده وقال ابو يوسف رح
فى رواية والشافعى رح لا يشترط بداية الشهود فان ابوا اى الشهود كلهم او بعضهم عن الابتداء
او غابوا وماتوا سقط الحد عند ابى حنيفة ومحمد وهو رواية عن ابى يوسف ثم يرجم الامام ثم
يرجم الناس وفى الزانى المقر يبدأ الامام ثم يرجم الناس وغسل وكفن وصلى عليه بعد ما رجم
والحد لغير المحصن جلد مائة وسطا بين المبرح وغير المولم بسوط لا ثمرة له اى ثمرة السوط
عذبه وذنبه وطرفه وقيل ثمرة السوط عقد اطرافها والاول اصح وينزع عنه ثيابه
لان النزاع ابلغ فى وصول الالم اليه الا الازار لان فى نزعه كشف العورة ويفرق
الضرب على بدنه لانه لما وصلت لذات قضاء الشهوة الى كل البدن فليصل الم الضرب
الى الكل وقال الشافعى رح يختص به الظهر الا راسه ووجهه وفرجه وقال ابو يوسف
رحمه الله تعالى اخرا يضرب الراس ايضا سوطا قائما فى كل حد لان مبنى الحد
على التشهير والقيام ابلغ فى ذلك بلا مد المراد ان الجلاد لا يمد يده فوق رأسه
وقيل المراد انه بعد ما اوقع السوط على بدن المجلود لا تمده وقيل ان
يطرح على الوجه يمد بجلاده وكل ذلك لا يفعل وللعبد نصفها اى النصف

المائة ولا يحد سيده عبده او امته بلا اذن العام وقال الشافعي رح ان يقيم الحد الذي
هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه واقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي
القذف والقصاص له وجهان ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو ليصل الالم الى بدنها وتحد المراة
جالسة لان مبنى حالها على الستر وجاز الحفر لها لانه استر لها وربما يضطرب اذا مسها
الحجارة فيبدو عورتها وان ترك الحفر لا يضر ولا يجوز له الحفر لان مبنى حاله على التشهير
ولا جمع بين رجم وجلد في المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم ولا جمع بين جلد
ونفي وقال الشافعي رح يجمع بينهما حد فيجلد مائة ويغرب سنة الا سياسة بان راى الامام
في ذلك مصلحة فيغرب بقدر ما يرى وذلك تعزير لا حد ولا يختص بالزنا بل يجوز في
كل جناية والراي فيه للامام وان زنى المريض وحده الرجم يرجم المريض وان كان حده
الجلد لا يجلد الا بعد البرء لان الجلد في المرض ربما يقع مهلكا وترجم الحامل بعد الوضع
وعند ابي حنيفة انه يوخر الى ان يستغني الولد عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته
وان كان حدها الجلد تجلد بعد النفاس لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء منه
ويدرء الحد بالشبهة وهو ما يشبه الثابت وليس بثابت وهو انواع شبهة في الفعل اي
ظن غير دليل الحل دليلا وهي يتحقق في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه
كامة ابويه وكذا امة جده وان علا وامة زوجته فلا يحد ان ظن انها تحل وان
قال علمت انها حرام حد وان ادعى احدهما بظن ولم يدع الآخر ذلك لم يحد حتى
انهما علما بالحرمة وروى الحسن رحمه الله تعالى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفحل حد فاتصال الاملاك بين الاصول والفروع قد
يوهم ان للابن ولاية وطي جارية الاب وغنى الزوج بمال الزوجة مستفاد من قوله تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اي بمال خديجة رضي الله عنها يورث شبهة كون مال الزوجة ملك الزوج
وشبهة في المحل اي بقيام دليل ناف للحرمة ذاتا اي بالنظر الى ذات الدليل فان

الدليل هنا نفى الحرمة بالذات اى لو نظر الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة بخلاف الشبهة فى الفعل فانه ليس هناك دليل بل ظن غير الدليل دليلا كامة ابنه وللاب حق فى مال الولد لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك ومعتدة الكنايات بائنات قال لها انت بائن او على حرام او بتة او غير ذلك من الكنايات ثم جامعها فى عدتها لا حد عليه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى وقوع البينونة بهذه الالفاظ فيبقى شبهة قيام النكاح والامة المبيعة قبل التسليم فان وطيها البائع لا حد عليه لانها فى ضمانه ويده والملك وان زال لكن شبهة الملك باق بدليل انها لو هلكت فى يد البائع ينقض البيع ويعود الى قديم ملك البائع فلا يحد فى هذه الصور وان اقر بالحرمة لقيام الدليل نظرا الى ذاته وحد بوطى امة اخيه او عمه وسائر محارمه سوى الولاد وان قال ظننت انها تحل لان ظنه لم يستند الى دليل وبوطى امراة اجنبية وجدها فى فراشه فوطيها وان قال حسبتها امراتى لانه بعد امتداد العهد وطول الصحبة لا تشتبه عليه امراة وان هو اعمى لانه يقدر على التميز بالحركات والهيئات لا يحد ان زفت اليه غير زوجته وقلن اى النساء هى زوجتك لانه اعتمد دليلا معتبرا وهو الاخبار فى موضع الاشتباه اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى اول الوهلة ولا يحد الخليفة اى الامام الذى ليس فوقه امام فانه لو زنى او سرق او شرب او قذف لا يحد ولا يوخذ لان الحد حق الله تعالى والخليفة هو المكلف باقامته على نفسه وان قتل انسانا يقتص لان حق استيفاء القصاص للولى فيكون الخليفة كغيره وكذا يوخذ الخليفة بالمال ان اتلفه فان من له الحق وهو المالك او الوارث

فصل فى حد القذف والشرب

من قذف رجلا محصنا او امراة محصنة اى حرا مكلفا محصنا عفيفا عن الزنا فان الاحصان فى حد الزنا شرط فيه الوطى بنكاح صحيح بخلاف الاحصان فى حد

القذف بصريحه اى بصريح الزنى كزنيت مثلا واحترز به عما اذا كان القذف بطريق
الكناية بان قال لرجل محصن يا زانى فقال الاخر صدقت لم يحد المصدق او بلست لابيك
وهذا اذا كانت امه محصنة لانه قذف امه حقيقة او لست بابن فلان وهو ابوه
المعروف الذى يدعى له حد خبر لقوله من قذف ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وشرط
مطالبة المقذوف كحد الشرب فان الصحابة رضى الله عنهم تشاوروا فى حد
الشرب فقال كل واحد منهم ما بدا له فقال على رضى الله تعالى عنه اذا سكر
هذى واذا هذى افترى وحد المفترى فى كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوه
واتفقوا على ذلك فكان اجماعا وقال الشافعى رح حد الشرب اربعون سوطا وحق الطلب
بقذف الميت للوالد والجد وان علا والولد وولده وان سفل ولو كان الولد محروما
من الارث كولد الولد مع وجود الولد والكافر والعبد خلافا لزفر رح وكالقاتل ويثبت
لولد بنت كما يثبت لولد ابن خلافا لمحمد رح وعند الشافعى رح حق الطلب لكل وارث
لان حد القذف يورث عنده وعندنا لا يورث بل يثبت لمن يلحق به عار بنفى النسب ولا يطالب
احد سيده ولا اباه بقذف امه المحصنة اى ان قذف السيد ام عبده ليس للعبد مطالبة الحد
من سيده وكذا ان قذف الاب ام ابنه ليس للابن مطالبة من الاب ولو كان لها ابن
من غيره له ان يطالب وليس له لا يجرى فيه اى فى حد القذف ارث فان مات المقذوف
بطل الحد عندنا وعند الشافعى رح يجرى فيه الارث ولا يبطل بموت المقذوف وكذا لا يجرى
فيه عفو ولا عوض واصل المسئلة بان حد القذف مشتمل على حق الله تعالى
وحق العبد اتفاقا فمن حيث انه شرع لصيانة عرض العبد وشرط فيه الدعوى
لقبول الشهادة ولا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار حق العبد ومن حيث انه
سمى حدا والحدود شرعت زواجر حق الله تعالى فلا يباح القذف باباحة العبد و
يستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا ويتنصف بالرق والعقوبات الواجبة

يتنصف بالرق الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد فيه تقديما لحقه على الشرع لحاجة العبد
وغناء الشرع ونحن ملنا الى تغليب حق الشرع لان حق العبد يصير مرعيا باعتبار حق
الشرع ولا يصير مرعيا باعتبار حق العبد اذ لا ولاية له في استيفاء حق الشرع فيخرج على هذا
الاصل الفروع المختلفة منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو
فلا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي
ومنها انه لا يجوز عندنا وعنده يجوز وفي قوله لآخر يا زاني فقال الآخر لا بل انت حدا
لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر فكذا الثاني لان معناه بل انت
زان ولو قال رجل لعرسه يا زانية فقالت لا بل انت حدت العرس كانها قذفت الزوج
فتحد وينبغي ان يجب اللعان لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان ولكن لا لعان لانها
لما حدت لم تبق اهلا للعان اذ اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها وان
قالت العرس في جواب قول الزوج يا زانية زنيت بك هدر اي لا يجب الحد واللعان لان
قول المرأة يحتمل ان يكون تصديقها له يعني زنيت بك قبل النكاح ويحتمل ان يكون ردا يعني
ان ما زنيت فهو ليس الا بتمكيني اياك لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه
الحالة لانه اغضبها واذاها فهي تغضبه وتؤذيه فلا يكون لها دعوى اللعان لاحتمال
المعنى الاول ولا حد عليها لاحتمال المعنى الثاني

فصل

من اخذ متلبسا بريح الخمر او سكران
زائل العقل بحيث سلب عنه التمييز بين شيء وشيء فلا يعقل الرجل من النساء والارض
من السماء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رح هو من يهذي ويختلط جده وهزله وهذا
في غير الخمر وفي الخمر يحد بشرب قطرة بنبيذ واقر به اي بشرب الخمر او بالسكر بالنبيذ
مرة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين صاحيا فان اقر في حال السكر
لا يحد او شهد به رجلان ولا يقبل فيها شهادة النساء مع الرجال وعلم شربه
طوعا فان شرب مكرها لا يوجب الحد يحد صاحيا ولا يحد حتى يزول عنه السكر

لانه لا يتالم في حال السكر لا يحد بمجرد الريح بلا اقرار وشهادة ولان وجود ريح الخمر لا يصلح دليلا على الشرب فقد يتكلف لزوال الريح مع بقاء الخمر في البطن وقد يوجد رائحة الخمر من غير الخمر فان من استكثر باكل السفرجل يوجد منه رائحة الخمر او بمجرد التقي فان علم الشرب بان تقيأ الخمر لا يحد بلا اقرار وشهادة او بمجرد السكر لان السكر من المباح كلبن الرماك لا يوجب الحد ولا ان رجع عن الاقرار لانه حق الله تعالى يعمل فيه الرجوع ومن شهد بحد متقادم قريبا من امام بان يكون مكان الشاهد قريبا من امامه بحيث يقدر على اداء الشهادة بغير تاخير حتى لو كان الشاهد بعيدا تقبل شهادته رد قوله ولم يقبل شهادته لان الاقدام على اداء الشاهد بعد التاخير والستر يحتمل ان يكون العداوة وعند الشافعي رح تقبل الا في حد قذف لان فيه حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان شهد بالسرقة المتقادمة ضمن السارق السرقة وان لم يقطع بده لان المال حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان اقر به اي بالحد المتقادم حد لانه لا تهمة في الاقرار وهو اي التقادم للشرب بزوال الريح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبغيره اي بغير الشرب كالزنى والقذف والسرقة بمضي شهر هو الاصح وقيل بمضي ستة اشهر وعن ابي حنيفة رح انه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعند محمد التقادم للشرب ايضا بمضي شهر وان شهد الشهود بزنا رجل الفلانية وهي غائبة حد الرجل وان شهدوا بسرقة من غائب لا يحد السارق لان بالغيبة يفوت الدعوى وهي شرط لان الشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق فلا يقبل بدون الدعوى وليست الدعوى شرط لثبوت الزنى عند القاضي ونصف حد العبد المراد به الجلد وانما نصف لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات اذ الجناية عند وفور النعمة وكفى اصل الجنايات اتحد جنسا اي ان قذف مرات او زنى مرات او شرب

مرات فحد مرة فهو لذلك كله خلافا للشافعي رح بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب
فانه يجب بكل واحد حد على حدة واكثر التعزير هو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد و
الردع تسعة وثلثون سوطا وقال ابو يوسف رح في رواية يبلغ التعزير سبعة وثلثين
وفي رواية تسعة وسبعين والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من بلغ حدا في
غير حد فهو من المعتدين اي من اتى حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين ثم ابو حنيفة
اعتبر ادنى حد العبد وهو اربعين فينقص منه سوطا وابو يوسف رح يعتبر حد
الاحرار وهو ثمانون للقذف فينقص منه سوطا في رواية وهو قول زفر رح وفي
رواية نقص خمسة وقول محمد مضطرب في بعض الكتب مع ابيحنيفة رح
وفي بعضها مع ابي يوسف واقله ثلثة جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر
وذكر بعض المشائخ ان ادناه مفوض الى راى الامام وعن ابي يوسف رح ان
التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب
القبلة واللمس من حد الزنى والقذف بغير الزنى من حد القذف وعنه انه يجوز
التعزير باخذ المال وصح حبسه مع الضرب لان الحبس صلح تعزيرا حتى جاز الاكتفاء به
فجاز ان يضم اليه وضربه اي التعزير اشد لانه جرى فيه التخفيف من حيث نقصان العدد فلو جرى
فيه التخفيف من حيث الخفة لفات المقصود وهو الزجر ثم للزنا اشد ثم للشرب لان حرمة
الزنى لا تنكشف بحال من الاحوال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والاكراه ولهذا كان الزنا
في كل الاديان حراما بخلاف شرب الخمر ثم للقذف لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف
لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في قذفه ولان شارب الخمر قلما يخلو من القذف فيصير كل
شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة
كان ضربه اخف وان كان منصوصا عليه وهو اي التعزير بقذف مملوك عبد او امة او ام
ولد او كافر بزنى لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لانعدام الاحصان

فوجب التعزير بقذف مسلم بيا فاسق وهو ليس بفاسق ويا كافر يا سارق وهو ليس
هو ليس بسارق ويا مخنث المخنث ما يدل على تكسر ولين وامثاله مثل يا خائن يا لوطي يا ابن
القحبة وغير ذلك مما يعد عارا وعيبا في العرف لا يعزر بيا حمار فانه يراد به معناه المجازي
اي البليد مثلا فهو امر خلقي وكذا القرد ويراد به قبيح الصورة والكلب يراد به سيء الخلق ففي
امثال ذلك لا تعزير وقيل الا ان يقال لعالم او علوي او رجل صالح ممن هو شريف النسب
فانهم اهل الكرامة فيعزر بها انهم بخلاف الاراذل فانهم لا يبالون في امثال ذلك ومن
حد او عزر فمات هدر دمه لانه مامور بالحد والتعزير فانتقل فعله الى الامر وهو الله تعالى
فصار كان الله تعالى اماته بلا واسطة وقال الشافعي رح يجب الدية في بيت المال وان
عزر زوج عرسه فماتت لا يكون هدرا لانه ليس بمامور بذلك بل ذلك مباح له والمباحات
تقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق **كتاب السرقة** هي في اللغة اخذ شيء
من الغير خفية واستترارا اي شيء كان وفي الشريعة اخذ مكلف اي عاقل بالغ خفية
قدر عشرة دراهم مضروبة من فضة فلو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة
لا يجب القطع وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان المضروب وغير المضروب سواء وعند الشافعي رح
ربع دينار ذهب وعند مالك رح ثلثة دراهم وعند الحسن درهم وعند اصحاب الظواهر
المال غير مقدر بل السرقة تتحقق في القليل والكثير مملوكا فان اخذ المباح سمي اصطيادا
او احتطابا لا سرقة محرزا فما لا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة بلا شبهة احتراز عما
يكون في الحرز شبهة كما اذا سرق من بيت ذي رحم بمكان مثل بيت او دار او صندوق
وحافظ كجالس في الطريق او مسجد وعنده مال فان اقر بها اي بالسرقة مرة فهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رح لا يقطع ما لم يقر مرتين وعنه انه شرط اقرارين
في مجلسين مختلفين او شهد رجلان وسالهما الامام او القاضي ما هي اي السرقة فانها تطلق
على اشياء فان من يستمع كلام الغير سرا او لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا ايضا وكيف هي

انه

انه لا يحتاج الى الخفية كما في السرقة الكبرى اى قطع الطريق وكيف هي فيقول كيف كانت
هذه السرقة وانما يسال عن ذلك لجواز ذلك انه نقب البيت او دخل يده واخرج المتاع ففي هذا
لا يقطع عند ابى حنيفة ومحمد رح ومتى هي وانما يسال عن ذلك لجواز انه تقادم العهد وهو مانع
للقطع وقدره بمضى الشهر كما بينا واين هي وانما يسال عن ذلك لجواز انه سرق من غير الحرز
او دار الحرب وكم سرق وانما يسال عن ذلك ان المسروق نصاب ام لا وممن سرق وانما يسال عن ذلك
ان المسروق من بعض الناس كذى رحم محرم لا يوجب القطع فان قيل لا احتياج الى هذا السؤال لان المسروق
منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه قلنا يحتمل ان يكون المسروق منه ذى رحم محرم من السارق
والشهود لم يعلموا بذلك فينبغى ان يسال الامام وانما يسالهم الامام عن هذه الاشياء احتيالا كما
في الحدود وبينها اى الشاهدان هذه الامور قطع جزاء لقوله فان اقر فان شارك في السرقة جمع
واصاب كلا منهم قدر نصاب السرقة اى عشرة دراهم قطعوا وعند مالك رح ان سرق جماعة ثلثة
دراهم قطعوا وان اخذ بعضهم المتاع وخرج به اى مع ان الاخذ صدر من بعضهم فقط
قطع الجميع والقياس ان يقطع الاخذ وحده وهو قول زفر رح ونحن نقول ان الاخذ انما
يخرج المتاع بقوتهم فصاروا مخرجين اخذين معنى لا يقطع بتافه اى خسيس يوجد
مباحا في دارنا غير مرغوب فيه كخشب وحشيش وسمك وصيد وقال الشافعي يقطع بسرقة
كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن ابيحنيفة رح ولنا قول
عائشة رضى الله تعالى عنها كان اليد لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم في الشئ التافه او شئ مما يفسد سريعا لا يصلح للادخار والامساك كاللبن
واللحم وفاكهة رطبة وثمر على شجر وبطيخ الاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام لا يقطع في
ثمر ولا كثر والمراد به ثمار رطبة اجماعا لانه يسارع اليه الفساد وكذا لا يقطع عندنا اذا سرق الثمار عن
رؤس الاشجار وان صارت تمرا ويبقى وزرع لم يحصد وان كان عليه حوائط لان
الاحراز قبل الاحصاد لا يتم فان الزرع يترك للنبات لا للاحراز و

كالجوز واللوز لعدم الاحراز وانما قيد بالشجر لانه لو كان في الحرز قطع كما في المضمرات لكن في النظم لو سرق ثمرا من الحرز قطع بخلاف غيره من الثمار فانه لم يقطع لانه يفسد سريعا ١٢ قهستاني

الشربة مطربة اى مسكرة لان الشراب ان كان حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فان للعلماء فى تقومها اختلافا ومال السرقة يجب ان يكون مالا متقوما اجماعا وآلات لهو كالنرد والشطرنج وان كان من ذهب والطنبور وما اشبه ذلك من الملاهى لان للآخذ ان يقول اخذتها للكسر وصليب من ذهب هو شئ مثلث كالتمثال تعبده النصارى وعن ابى يوسف انه ان كان الصليب فى مصلى النصارى لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت آخر يقطع وباب مسجد لانه ليس بحرز ومصحف لان آخذه يتاول للقراءة والنظر فيه لازالة اشكال وقع والقطع لا يجب مع الشبهة وفيه خلاف للشافعى وابى يوسف رح وصبى حر لانه ليس بمال ولو كان المصحف والصبى الحر محليين لان الحلية تبع لهما وعن ابى يوسف رح ان بلغ حليته نصابا يقطع وعبد لانه خداع لا سرقة الا العبد الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لانه مال مطلق كسائر الاموال وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ودفتر لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال ولان الدفتر ان كان شرعيا ككتب التفسير والحديث والفقه فهى كالمصحف وان كان شيئا مكروها فهو كالطنبور الا دفتر الحساب والمراد ما مضى حسابه لان ما فيه لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكاغد فيقطع ان بلغ نصابا واختلفوا فى كتب الادب فقيل هو ملحق بدفتر الحساب وقيل بكتب التفسير والفقه لان معرفتها يتوقف عليها ولا فى فهد وكلب لانهما يوجدان مباح الاصل وخيانة كما اذا خان فى الوديعة او دخل البيت بلا اذن ونهب وهو ان ياخذ الشئ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية ونبش هو اخراج الشئ المدفون ومنه النباش الذى ينبش القبر لقوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وقال ابو يوسف والشافعى

عليه القطع ومال عامة كمال بيت المال لانه مال المسلمين وهو منهم ومال له اى للسارق
فيه شركة لان الشركة يورث الشبهة ومثل حقه حالا او موجلا اى من كان له على الآخر دراهم مثلا
حالة كانت او مؤجلة فسرق مثلها منه لم يقطع لان لرب الدين ان يستوفى جنس حقه اذا ظفر به
ولو كان مزيدا اى اذا سرق زيادة على دينه لم يقطع ايضا لانه يصير كالشريك فى المسروق بقدر حقه وان سرق
خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يباح له الاخذ وعن ابى يوسف انه لا يقطع وان كان دينه دراهم فسرق دنانير
المديون فالصحيح انه لا يقطع لان النقود جنس واحد حكما وما قطع فيه فسرق وهو بحاله اى من سرق
عينا فقطع فيها فردها الى مالكها ثم عاد فسرقها ثانيا والحال انه لم يتغير عن حالها لم يقطع وعن ابى يوسف
والشافعى يقطع لقوله عليه الصلوة والسلام فان عاد فاقطعوه ولنا ان القطع يقتضى سقوط عصمة
المحل حقا للعبد لان القطع حق الله تعالى لكونه جزاء وكل ما هو جزاء فهو خالص حق الله تعالى
كما قال الله تعالى جزاء بما كسبا نكالا من الله ومن ضرورته تحويل العصمة الى الله تعالى
وسقوط العصمة من جهة العبد وبالرد على المالك ان عادت العصمة بقى شبهة سقوطها
فلا يقطع ولو تغيرت عن حالها بان سرق غزلا فقطع فرده ثم نسج فسرق ثانيا قطع لتبدل
العين ومال ذى رحم محرم من بيته واما فى الولاد فلا خلاف فيه لان البعضية توجب المبسوطة
فى المال والاختلال فى الحرز فيما عدا الولاد خلاف للشافعى فعنده هذه القرابة ملحقة ببنى الاعمام
وعندنا بالولاد لان الدخول على هؤلاء جائز كما فى الولاد فاختل الحرز ولو سرق مال
الغير من بيت ذى رحم محرم لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذى رحم محرم من بيت غيره
يقطع لتحقق الحرز ولو سرق من امه رضاعا يقطع وعن ابى يوسف رح اذا سرق من امه
رضاعا لا يقطع لانه يدخل عليها بلا استيذان عادة بخلاف اخته رضاعا ولا من زوجه ولا
عرس فان احد الزوجين اذا سرق مال الآخر لا يقطع وقال الشافعى يقطع وقال مالك ان سرق من بيت
سوى البيت الذى هما فيه يقطع ولا من سيده وعرسه اى عرس سيده ولا من سيدته وزوج
سيدته لثبوت الاذن بالدخول عادة فاختل الحرز ولا من مكاتبه لان للمالك —— فى

مكاسب مكاتبه حقا ولا ان سرق الضيف من مضيفه لاختلال الحرز بالاذن بالدخول ولا من مغنم لما روى ان عليا رضى الله تعالى عنه انه اتى برجل سرق من المغنم فدرء عن الحد فقال ان له فيه نصيبا وحمام وبيت اذن للناس فى دخوله فيه لاختلال الحرز ويدخل فى ذلك حوانيت التجار والخانات وعن ابى حنيفة رح ان سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى والاصل فى ذلك ان الحرز معتبر لتحقق السرقة ثم المال يكون محرزا بالمكان تارة وهو كل مكان اعد لحفظ الامتعة فيه كالدور والبيوت والصناديق والخيام ويكون محرزا بالحافظ تارة كمن جلس فى الصحراء وفى الطريق وعنده متاع فهو محرز محفوظ به لان هذه المواضع ليست بحرز فصار المال فيها محرزا بالحافظ وفيما يكون محرزا بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ اذ الحفظ بالمكان فوق الحرز فى الحافظ فان سرق فى الحمام شيئا وله حافظ فلا قطع لان الحمام حرز وقد اختل بالاذن بالدخول فيه ولا اعتبار بالحافظ فيه فلا قطع وهذا بخلاف الحافظ فى المسجد فانه يقطع فيه لان المسجد ليس بحرز لانه ما بنى للاحراز فاعتبر بالحافظ ولا ان سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لان تمامه باخراج المال من الحرز والدار كلها حرز واحد وهذا اذا كان الدار صغيرة بحيث لا يستغنى اهل البيوت عن الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصيرة اى حجر ومنازل وفى كل مقصورة مكان يستغنى اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكنة فسرق رجل من مقصورة واخرجها الى صحن الدار قطع كما سيجئ لان الاخراج من الحرز وجد او نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناول من هو خارج من البيت فلا يقطع واحد منهما اما الاول فلانه لم يجد منه الاخراج واما الثانى فلانه لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من واحد منهما وعن ابى يوسف انه ان كان الخارج ادخل يده حتى ناول اخذه المتاع فالقطع عليهما وان كان الداخل اخرج يده مع المتاع حتى اخذ منه الخارج يقطع الداخل لا الخارج او نقب فادخل يده فى بيت واخذ المال لانه ليس بهتك الحرز على الكمال لان الهتك ان يدخل

البيت

البيت بالجنشة وفيه خلاف ابى يوسف او طرّاى قطع صرة خارجة من كم غيره واخذ الدراهم فانه لا يقطع وان دخل يده فى كم وطرها واخذها قطع لان الرباط فى الوجه الاول من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلم يوجد هتك الحرز باخراج المال وهو الكم وفى الوجه الثانى من داخل فبالطر يتحقق هتك الحرز باخراج المال من الكم ولو حل الرباط يقطع فى الوجه الاول لان الدراهم يبقى فى الكم بعد حل الرباط فيتحقق هتك الحرز بالاخراج منه وفى الوجه الثانى لا يقطع لانه اذا حل الرباط تبقى الدراهم خارجة من الكم فلم يوجد اخراج المال من الحرز وانما اخذه من خارج الكم فلا يقطع وعن ابى يوسف رح انه يقطع فى الوجوه كلها او سرق جملا من القطار او حملا فانه لا يقطع سواء كان معه سائق يسوقها او قائد يقوده اولا لان مقصود القائد والسائق القود والسوق دون الحفظ وقطع ان حفظه ربه او نام عليه لان الحرز يثبت بالحافظ اذا كان قاصدا للحفظ والنوم عليه حفظ وكذا ان نام بقربه او شق الحمل واخذ منه شيئا فان الجوالق او فى مثل هذا حرز او ادخل يده فى صندوق او كم واخذ المال فان الصندوق والكم حرز فيقطع او اخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها كما ذكرنا والمراد موضع كمدرسة ونحوها فيها حجرات يسكن فى كل منها انسان لا تغلق له بالحجرات الاخر الدار التى صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه او سرق صاحب مقصورة من اخرى اى من هذه الدار او نقب اللص البيت فدخل والقى شيئا فى الطريق ثم خرج واخذه فان هذا الفعل معتاد من السراق لتعذر الخروج مع المتاع او لتفريغ يده فيمكنه استدفاع رب المال وان لم ياخذه من الطريق لا يقطع خلافا للشافعى رح او حمله على حمار فساقه واخرجه لان سير الدابة مضاف الى سائقها وعند زفر رح لا قطع فى الالقاء والحمل ويقطع يمين كل سارق من زنده وهو عظم الساعد وعند الخوارج يقطع من المنكب ويحسم والحسم

ان يجعل يده بعد القطع فی الدهن الذی اغلی ثم يقطع رجله اليسرى ان عاد الی السرقة
فان عاد وسرق ثالثا لا يقطع بل يسجن حتی يتوب وتعزر ايضا وعند الشافعی رح يقطع يده
اليسری فی المرة الثالثة ورجله اليمنی فی المرة الرابعة وشرط للقطع خصومة المالك وطلبه
المال ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا لابن ابی ليلی فيهما لان القطع خالصا
حق الله تعالی وللشافعی رح فی الاقرار لان الشهادة تبنی علی الدعوی فی المال
بخلاف الاقرار ولنا ان الخصومة شرط لظهور السرقة لانها جناية اخذ مال الغير
ولم يثبت الجناية علی مال الغير الا بخصومة المالك وخصومة ذی يد حافظ كالمودع
ونحوه مثل الغاصب وصاحب الربوا كما اذا باع دينارا بدينارين وقبضهما فسرق من يده
والمستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض علی سوم الشراء والمرتهن وكل
من له يد حافظة سوی المالك كالاب والوصی ومتولی الوقف والوكيل ويقطع بخصومة
المالك فی السرقة من هؤلاء وعند زفر رح لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر
المالك وما قطع به ان بقی رد علی صاحبه والا ای وان لم يبق بان لا يضمن وان استهلك
السارق فكذلك فی رواية ابی يوسف رح عن ابی حنيفة رح وهو المشهور وفی رواية
الحسن عن ابی حنيفة رح يضمن وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن
فی الحال والا لا يضمن اصلا وقال الشافعی رح يضمن السارق هلاك المال
او استهلاكه فعندنا القطع مع الضمان لا يجتمعان وعند الشافعی رح يجتمعان
لانهما حقان اختلفا محلا وسببا اذ محل القطع اليد ومستحقه الحق وسببه الجناية
علی حق الله تعالی وهو ترك الانتهاء عما نهاه عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه
المسروق منه وسببه اثبات اليد علی مال الغير علی وجه العدوان فوجوب احدهما
لا يمنع وجوب الاخر ولنا ما روی عن النبی عليه الصلوة والسلام لا غرم علی السارق
بعدما قطعت يمينه ولان القطع خالصا حق الله تعالی فلا يجب الا بجناية

واقعة على حق الله تعالى خالصا فانتقل عصمة المال الى الله تعالى ولا يبقى معصوما حقا للعبد لان العصمة متحدة فاذا تحولت الى الله تعالى لم يبق للعبد والتحق في حق العبد بما لا قيمة له كالخمر فلا يضمن معصوم اى مسلم او ذمى خرج وقطع الطريق على معصوم اى مسلم او ذمى حتى لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع فاخذ قاطع الطريق قبل اخذ مال وقتل نفس حبس بعدما عزر حتى يتوب ويظهر فيه سيماء الصالحين وان اخذ المال من مسلم او ذمى جماعة ونصيب كل واحد منهم اذا قسم نصاب اى عشرة دراهم فصاعدا قطع يده ورجله من خلاف يعنى يده اليمنى ورجله اليسرى لئلا يفوت جنس المنفعة وان قتل بلا اخذ مال قتل حدا حتى ان عفى الاولياء لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الله تعالى وعند الشافعى رح الواجب قصاص وان قتل معه اى مع اخذ المال قتل اى ان شاء الامام قتله من غير قطع او صلب من غير قطع وان شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتل او صلب حيا مع القطع ايضا وقال ابو يوسف ومحمد يقتل او يصلب ولا يقطع وعن ابى يوسف انه ليس للامام ان يدع الصلب وعنه انه يترك على خشبة كذلك حتى ينقطع فيسقط

كتاب الجهاد

مصدر من جاهد العدو اذا قابله فى تحمل الجهد وبذل كل واحد منهما جهده اى طاقته فى دفع صاحبه ثم غلب فى الاسلام على قتال الكفار ونحوه لما فيه من المجاهدة مع المخالفين لاعزاز الدين وهدم قواعد المشركين ويقال كتاب السير جمع سيرة وهى الطريقة وسمى هذا الكتاب به لانه يبين فيه سير المسلمين فى مقاتلة مع الكفار الجهاد فرض عين ان هجم الكفار على بلد وصار النفير عاما ولا يستهيا دفعهم الا بقتال المسلمين جميعا فيجب على جميع الناس الدفع فيخرج المراة بلا اذن زوجها والعبد بلا اذن سيده وان هجم الكفار على ثغر من الثغور يصير فرض عين من كانوا بقرب منه وهم يقدرون على الجهاد واما البعيد عن دارهم فلما بلغ الخبر اليهم يصير فرض عين عليهم ان احتيج اليهم بان خيف على من كان اقرب انهم عاجزون عن المقاومة او بان لم يعاجزوا ولكن تكاسلوا ثم وثم الى ان يصير فرض عين على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا و

فرض كفاية بدأ اى ابتداء ان لم يقاتل الكفار ان قام به بعض من المسلمين سقط عن الباقين والا اى وان لم يقم للقتال بعض المسلمين اثموا اى كل المسلمين وهذا كصلوة الجنازة ورد السلام ان قام به البعض سقط عن الكل والا اثموا اى الكل لا يجب على الصبى لسقوط التكاليف عنه ولا على عبد وامرأة لاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الله تعالى واعمى ومقعد واقطع بعجزهم فان يحاصرهم اى الكفار ندعوهم الى الاسلام والدعوة فى ابتداء الاسلام كانت فرضا والان من قبيل الاستحباب لانتشار الدعوة فان ابوا عن قبول الاسلام فالى اداء الجزية ندعوهم وهذا فى حق من يقبل منهم الجزية كاهل الكتاب والمجوسى وعبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب فلا يقبل منهم الجزية فيقاتلهم ان لم يسلموا فان قبلوا الجزية فلهم ما لنا وعليهم ما علينا لا يراد بهذا الحكم على العموم حتى يدل على انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا بل يراد انه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم وتعرضوا لدمائنا واموالنا لبعضنا على بعض عند التعرض فان قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمائهم واموالهم وتعرضوا لدمائنا واموالنا فقبول الجزية ليس الا لزوال هذه التعرض وان ابوا عن قبول الجزية نقاتلهم ونحاربهم باهلاكهم من الضرب بالسيف والرمى ونصب المجانيق وغير ذلك وقطع شجرهم وفساد زرعهم وخرب بيوتهم وارسل عليهم الماء بلا غدر هو الخيانة ونقض العهد فان قيل ينبغى ان يجوز الغدر لقوله عليه الصلوة والسلام الحرب خدعة قلنا المراد ان الحرب ما دامت قائمة يجوز الخدعة بان يريهم الامام ان لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى امنوا فيحاربهم فيه او يذهب الى جانب اخر حتى غفلوا فياتيهم فجأة او بياتا ونحو ذلك اما اذا جرى بيننا وبينهم قرار ان لا نحارب فى هذا اليوم حتى امنوا فانه لا يجوز المحاربة بنقض العهد وهذا ليس من باب خداع الحرب بل خداع فى السلم

فيكون صنزا وبلا غلول هو السرقة من المغنم ومثلة وهى اسم من مثل به يمثل مثلا
اى نكل نكالا معناه جعله نكالا وعبرة لغيره مثل قطع الاعضاء وتسويد
الوجه ويقال مثل بالقتيل اى قطع انفه وبلا قتل عاجز عن القتال كصبى ومجنون
وامرأة وشيخ فان ومقعد واعمى ومن قاتل من هؤلاء يقتل وعند الشافعى رح
يقتل الشيخ الفانى والمقعد والاعمى الا امرأة ملكة يتعدى ضررها بالمسلمين
وذا راى فى الحرب اذ الاستعانة بالرأى فوق القتال اوذا مال يحث الكفار به اى
بماله على الحرب وبلا قتل اب كافر ابتداء وان قصد الاب قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس
بقتله وهكذا فى الامام والجد ولو كان الكافر اخاله يجوز ان يبتدئ بقتله وبلا اخراج
مصحف وامرأة فى السرية لا يؤمن عليها فربما يقعان فى ايدى الكفار فيكون سببا
للاستمتاع بالمرأة والاستخفاف بالمصحف الا فى جيش عظيم يؤمن عليه لان الغالب
هو الظفر والنصرة ولو دخل عليهم مسلم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف
اذا كانوا وافين بالعهد واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب فصالحهم ان كان
الصلح خيرا بان كان للمسلمين ضعف وللكفار شوكة ويصالحهم بالمال عند الحاجة
اما اذا لم يكن حاجة لم يجز ونبذ الصلح ان كان هو اى النبذ انفع للمسلمين ويقاتلهم قبل نبذ
الصلح ان خانوا لانهم صاروا ناقضين للعهد بالخيانة وصولح المرتد ولكن بلا اخذ مال
لان اخذه تقرير للمرتد على ذلك وهو لا يجوز وان صالح المرتد بمال واخذ المال منه لا يرد
عليه اى على المرتد لان فى الرد معونة له ولا يباع سلاح وحديد وخيل منهم اى من اهل الحرب
ولو كان البيع معهم بعد الصلح معهم وصح امان حر وحرة كافرا وجماعة او اهل حصن
او مدينة فلم يجز لاحد من المسلمين قتالهم فان كان الامان شرا للمسلمين
نبذ الامام الامان وادب الامن لا عسا به على الامام ولغا امان الذمى لانه منهم
فيميل اليهم واسير فى يد الكفار وتاجر معهم اى مع الكفار لانهما مقهوران

فی ایدیهم فیجلوا الامان عن المصلحة ظاهرا وکذا لغا امان من اسلم ثمه او فی دار الحرب ولم یهاجر بعد الاسلام وکذا لغا امان صبی عاقل وعبد محجورین عن القتال هذا عند ابی حنیفة وقال محمد رح والشافعی رح یصح امان صبی عاقل والعبد وابی یوسف مع محمد فی روایة الکرخی ومع ابی حنیفة فی روایة الطحاوی ومجنون وکذا صبی لا یعقل

فصل فی المغنم

والقسمة ما فتح عنوة هی مصدر العانی اذا ذل وخضع والاسم العنوة ومنه فتح مکة عنوة ای بالقتال لا بالصلح قسمه الامام ان شاء بین الجیش بعد ما خمسه وان شاء اقر اهله علیه ومن علیهم وترکهم احرارا لمسلمین الاصل وترک الاراضی مملوکة لهم بجزیة وخراج علی اراضیهم وقال الشافعی رح لیس له ذلک فی الرقاب ولکنه یقسم الاراضی ولا یترکها فی ایدیهم بالخراج وقتل الاسری ان شاء او استرقهم وترکهم احرارا ان شاء ذمة لنا لیکونوا اهل ذمة لنا ونفی منهم علیهم المن ان یترک الاسیر الکافر مجانا من غیر ان یاخذ شیئا منه وفیه خلاف للشافعی رح ونفی فداهم وردهم الی دارهم والفداء ان یترک الاسیر ویوخذ منه مال او اسیرا مسلما منهم فی مقابلته فالفداء قبل ان یضع الحرب اوزارها یجوز بالمال لا بالاسیر المسلم وبعده لا یجوز بالمال باجماع علمائنا وبالنفس لا یجوز عند ابی حنیفة وعند محمد رح یجوز وعند ابی یوسف روایتان وعند الشافعی یجوز مطلقا ونفی قسمة مغنم ثمه ای فی دار الحرب وقال الشافعی رح لا باس فی القسمة فی دار الحرب بعد ما تم انهزام المشرکین وهذا بناء علی اصل وهو ان الملک للغانمین لا یثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده یثبت الا ایداعا بان قسم المغنم بین المسلمین قسمة ایداع لیحملوا الی دار الاسلام فیاخذه منهم وقسمه بینهم والردء ای القوم الذین وقفوا علی مکان حتی اذا ترک المقاتل القتال قاتل اولئک وقیل الردء العون وقیل الذی یخدم المقاتلین ومدد لحقه ای المقاتلة ثمه ای فی دار الحرب قبل ان یخرجوا

المغنم الى دارنا المقاتل اى يشاركه فيه اى فى المغنم خلافا للشافعى رح بعد انقضاء القتال
لا يشترك فى المغنم سوقى لم يقاتل وقال الشافعى فى احد قوليه يسهم له ولا من مات من المقاتلين
ثمه اى فى دار الحرب فلا حق له فى المغنم وعند الشافعى من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه فسقط مغنم
من مات من المقاتلين ههنا اى فى دار الاسلام لان الارث انما يجرى فى الملك والملك انما يثبت بعد الاحراز بدارنا وحل
لنا ثمه اى فى دار الحرب من المغنم طعام كالخبز واللحم وما كان دهن يدهن به ويوقح الدابة وعلف الدابة بنا وحطب سواء
احتاج اليها او لا وحل لنا فى دار الحرب سلاح به حاجة بان لم يكن لنا سلاح او انقطع سلاحه لا البيع هذه الاشياء
بعد الخروج منها اى من دار الحرب ومن اسلم من دار الحرب منهم اى فى دار الحرب عصم بالاسلام نفسه
لان الاسلام عاصم لنفسه وطفله لانه صار مسلما اتبعا له وماله معه او لا او دعه
معصوما اى وضعه امانة عند مسلم او ذمى ويقسم الامام المغنم فيفرز خمسه اولا ويقسم
ماوراءه اى اربعة اخماس بين الغانمين فيكون للفارس سهمان عند ابى حنيفة
وزفر رح وعند صاحبيه والشافعى للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهم واحد
ويعتبر فى استحقاق سهم الفارس والراجل وقت مجاوزة الدرب هو
الباب الواسع على السكة والمضيق من مضائق الروم والمراد ههنا مدخل
دار الحرب لا شهود الوقعة وعند الشافعى رح يعتبر شهود الوقعة فمن دخل دار
الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفارس ومن دخل راجلا فاشترى فرسا او قاتل فارسا
استحق سهم الراجل وعند الشافعى رح الجواب على العكس فى الفصلين والخمس اى خمس المغنم
يقسم على ثلثة اسهم يعطى لليتيم وللمسكين وابن السبيل وقدم فقراء ذوى القربى
عليهم اى على الباقين من الاصناف الثلثة يعنى يدخل يتامى ذوى القربى فى سهم اليتيم ويقدم
على باقى الايتام وكذا مساكين ذوى القربى وابن السبيل منهم ولا شئ من الخمس لغنيهم
اى ذوى القربى وعند الشافعى يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فى حياته وبعده يصرف سهمه الى الخليفة وسهم لذوى القربى يستوى فيه غنيهم وفقيرهم يقسم

بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والباقي للفرق الثلث ومن دخل دارهم فاغار خمس اى
ان دخل جماعة لها منعة دار الحرب واخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه وان لم ياذن
لهم يجب عليه نصرتهم كما اذا اذن لهم فكان ما اخذوا ماخوذا بالجهاد فيخمس لا تخمس من لا منعة
ولا اذن له اى ان دخل الواحد او الاثنان دار الحرب بلا اذن الامام واخذ الواحد او الاثنان
شيئا لم تخمس وقال الشافعي رح يخمس ولو دخل باذن الامام ففيه روايتان ويخمس في رواية
في المشهور لانه لما اذنه الامام فقد التزم النصرة فكان الماخوذ بقوة الامام وللامام ان ينفل
التنفيل عطاء شيء زائد على سهم الغنيمة والتركيب يدل على الزيادة وقت القتال و
يحرض على القتال وقال الشافعي رح لا يصح التنفيل الا من الخمس فيجعل لاحد من المقاتلة
شيئا زائدا على سهم الغانمين كالسلب فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ونحوه اى نحو السلب
كان يقول لسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس اى بعد رفع الخمس جعلت لكم ربع الباقي او ثلثه
ونحو ذلك والسلب في اللغة المسلوب وعند الفقهاء مركبه اى مركب المقاتل وما عليها اى على المركب
والركيب المقتول من ثيابه وسلاحه وماله وكذا ما على مركبه من السرج وغير ذلك

فصل

في استيلاء الكفار واذا غلب بعض الكفار كالترك مثلا على بعض الكفار كالروم واخذوا اموالهم
يملك بعض الكفار بعضا اخرا اموالهم بالاستيلاء ولكن ان غلب علينا الكفار واخذوا اموالنا
واحرزوها بدارهم ملكوا اموالنا بالاستيلاء والاحراز بدارهم وقال الشافعي رح لا يملكونها
ولا يملك الكفار حرنا وتوابعه كالمدبر والمكاتب وام الولد ولا يملكون عبدنا الابق اذا دخل دارهم
واخذوه عند ابي حنيفة وعندهما يملكونه لان الاستيلاء ورد على محل قابل للتمليك فيثبت
الملك فيه كدابة ندت اليهم واخذوها ولابي حنيفة رح ان سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد
لان للعبد يدا على نفسه لانه ادمي مكلف الا انه سقط اعتبار يده على نفسه لحق سيده
فاذا زالت يد سيده بانفصاله عن دارنا ظهر يده على نفسه فرفعت يده ثبوت يد الكفار
عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك بخلاف الدابة لانه لا يد لها على نفسها وتملك

لهما اى بالاستيلاء والاحراز بدارنا حرهم وما هو ملكهم لان الشرع اسقط عصمة الكفار جزاء على كفرهم ونملك اموالهم لان الاستيلاء على المباح سبب الملك وما لهم غير معصوم بسبب كفرهم وان غلبنا عليهم بعد ما ظهروا علينا واخذوا اموالنا واحرزوها بدارهم فكل من وجد منا ماله اخذه بلا شئ ان لم يقسم المال بين جيشنا الغانمين واخذنا بالقيمة ان قسم انما فرق بين الحالين لان المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه وبعد القسمة من وقع المال فى نصيبه يتضرر بالاخذ منه مجانا لانه استحقه عوضا عن سهمه فى الغنيمة فقلنا بحق الاخذ بالقيمة دفعا للضرر من الجانبين وقبل القسمة الملك فيه للعامة فلا يصيب كل فرد منهم ما يبالى له فلا يتحقق الضرر واخذ بالثمن ان شراه اى من الكفار تاجر منا فى دار الحرب واخرجه الى دارنا وعبدهم اى الكفار اسلم ثمه اى فى دار الحرب فجاءنا او ظهرنا عليهم عتق اصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاصر الطائف خرج جماعة من عبيدهم اليه ثم جاء مواليهم واسلموا وطلبوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يردهم عليهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله تعالى كعبد مسلم شراه كافر مستامن هنا اى دار الاسلام وادخله اى العبد دارهم اى فى دار الكفار فانه يعتق عند ابى حنيفة رح وعندهما لا يعتق لان الواجب ان يجبر المستامن على بيعه وقد فات الاجبار اذ لا يد لنا عليهم فبقى عبدا فى ايديهم وله انه اذا زالت ولاية الاجبار اقيم الاعتاق مقامه تخليصا للمسلم عن ايدى الكفار ولا يتعرض تاجرنا ثمه لدمائهم وما لهم اى اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا لم يحل له ان يتعرض بشئ من دمائهم واموالهم لان المسلمين عند شروطهم وقد شرط بالاستيمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض غدر والغدر حرام الا اذا غدروا واخذ ملكهم ماله اى مال تاجرنا او اخذ غيره اى غير الملك بعلمه اى بعلم الملك ولم يمنعه الملك وح يجوز لتاجرنا تعرضهم لانهم بدأوا بنقض العهد والغدر وما اخرجه اى تاجرنا بطريق التعرض بعد ما دخل دارهم بامان ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح

لكن ملكا حراما لحصوله بسبب الغدر فيتصدق به اي بما اخرجه واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن حربي ان يقيم هنا اي في دار الاسلام سنة وللامام ان يوقت في ذلك دون سنة كالشهر والشهرين وادنى الاوقات غير مقدر بل هو مفوض الى رأي الامام وقيل له اي للحربي ان اقمت هنا سنة او ادنى منها على ما وقت له الامام نضع عليك الجزية وهي اسم لما يوخذ من الذمي يقال جزئ بمعنى قضى منه الجزية لانها يجزئ عن الذمي يكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل فان رجع قبل المدة فيها وان اقام سنة او ما وقت له الامام فهو ذمي ولا يترك ان يرجع اليه اي الى دار الحرب لانه لما صار ذميا بالاقامة لا يمكن نقض الذمة ولا بغير جزية وضعت الجزية على ضربين جزية توضع بصلح وتراض فيقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبدأ الامام بوضعها اذا غلب على الكفار واقرهم على املاكهم واذا غلبوا واقروا على املاكهم يوضع على كتابي ومجوسي هو ليس من اهل الكتاب ولذا لا يوكل ذبيحته وانما اخذ الجزية منه لانه من العجم ووثني عجمي فيه خلاف الشافعي رح فانه عنده لا يوضع عليه الجزية بل يسترق ظهر غناءه اي غناء كل من المذكورين وظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل وقيل هو الذي يملك عشرة الاف درهم فصاعدا لكل سنة ثمانية واربعون درهما في كل شهر اربعة دراهم ويوضع على المتوسط الحال هو الذي له مال لا يستغني به عن العمل وقيل الذي يملك مائتي درهم فصاعدا نصفها اي اربعة وعشرون درهما في كل شهر درهمان ويوضع على فقير يكسب اكثر من حاجته ولا مال له وقيل الذي يملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا ربعها اي اثنا عشر درهما في كل شهر درهم وقال الشافعي يوضع على كل ذي حلم دينار او ما يعدل الدينار ويستوي فيه الغني والفقير لا يوضع الجزية على وثني عربي لان كفره اغلظ قال النبي عليه الصلوة والسلام كان منهم نسبا والقران نزل بلغتهم فكانوا احق الناس باتباع النبي عليه الصلوة والسلام وعرف معنى القران واعلم ببلاغته واعجازه فكان الحجة عليهم الزم فان ظهر عليه اي على وثني العربي فطفله وعرسه في يقسم بين الغانمين ولا على مرتد لانه نال شرف الاسلام ووقف على محاسنه فيكو

كفرهم ايضا اغلظ فلا يقبل منهما اى من وثنى عربى ومن مرتد الا الاسلام وهو الانقياد
او السيف زيادة فى العقوبة وعند الشافعى يسترق عبدة الاوثان من العرب ولا يوضع الجزية على
رهبان لا يخالطون الناس لانه لا يجوز قتله اذا لم يخالطهم والجزية فى حقه بدل عن القتل وذكر محمد
عن ابى حنيفة رح انه يوضع عليه اذا كان يقدر على العمل وهو قول ابى يوسف ولا على صبى وامرأة
ومملوك واعمى وزمن لانه لا يقتل هؤلاء والجزية بدل من القتل ولا على فقير لا يكتسب خلافا
للشافعى وتسقط الجزية بالموت والاسلام اى ان مات الكافر او اسلم بعد مضى السنة قبل
ان يوخذ منه الجزية تسقط عنه ولا يستوفى من تركته وعند الشافعى رح ان اسلم بعد كمال
السنة لم تسقط عنه وان اسلم قبل كمال السنة فله وجهان وان مات كافرا استوفى من تركته
وتداخل الجزية بالتكرار اى اذا مرت على ذمى سنون ولم يوخذ منه الجزية لم يجب عليه الا
جزية واحدة باعتبار السنة التى هو فيها وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى رح تجب الجزية كلها ولا يجوز ان يحدث
بيعة ولا كنيسة فى دارنا بيعة كنيسة اليهود والنصارى لمعبدهم وكذا البيعة مطلقا فى الاصل وان
غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى ولهم اى الذميين اعادة المنهدم
من البيعة والكنيسة الا اذا ارادوا ان يبنوا اوسع من الاول فهم يمنعون من الزيادة ويميز
الذمى عن المسلمين فى زيه ومركبه وسرجه وسلاحه وقلنسوته فلا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح
لاظهار الصغار على الذمى واصله ان الله تعالى وصف الذمى بالصغار حيث قال حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون والصغار الذل للتناهى فلابد من اظهار اثار ذل عليه ويظهر الكستيج وهو خيط غليظ
بقدر الاصبع من الصوف يشده الذمى على وسطه وهو غير الزنار من الابريسم لان اهانة الذمى
بنفس العقد مقصودة ولا اهانة فى الزنار من الابريسم لان الذمى يجمل به ويركب على سرج كالاكاف
من الهيئة وميزت نساؤهم عن نسائنا فى الطريق حالة المشى وفى الحمام ويعلم على دورهم
علامات تتميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليها سائل ليستغفر لهم ويكون ذلك للمسلمين
قال مشائخنا الحق ان لا يتركوا الا عند الضرورة كالخروج الى الرستاق ويمنعون عن

اللباس يختص به اهل العلم والشرف والزهد كالرداء والعمامة ويكون مكاعبهم على خلاف مكاعبنا خشنة فاسدة اللون غير مزينة تحقيراً لهم وتعظيماً للدين واهله ومصرف الجزية والخراج وما اخذ منهم اى اهل الحرب بلا قتال وحرب مثل الاراضى التى اجلوا عنها اهلها وما اهدى اهل الحرب الى الامام مصالحنا خبر لقوله مصرف الجزية كسد الثغر هو موضع المخافة من العدو وبناء جسر هو ما يوضع ويرفع وقنطرة هى ما لا يرفع ورزق العلماء وكفاية القضاة والعمال والمقاتلة وذراريهم لان هذا مال بيت المال وصل الى المسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح المسلمين

فصل فى بيان حكم المرتد ومن ارتد عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام لرجاء العود اليه قالوا العرض غير واجب لانه كافر بلغته الدعوة وتجديد الدعوة فى مثله مستحب وان كانت له شبهة كشفت الشبهة لان الظاهر انه اعترض شبهة ارتد لاجلها فعلينا ازالتها فان استمهل يمهله الامام وحبس ثلثة ايام لا يزيد على هذا لانه لا يرتد الا بشبهة ظاهرة فيجب الامهال عند الاستمهال وان لم يطلب التاجيل يقتله فى ساعته فى ظاهر الرواية وفى النوادر عن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه يستحب للامام ان يوجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وقال الشافعى يجب على الامام ان يوجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك فان تاب فبها اى بالخصلة الحسنة اخذ والا اى وان لم يتب قتل وهى اى التوبة بالتبرى عن كل دين سوى الاسلام بعد الاتيان بكلمة الشهادة او التبرى عما انتقل اليه لحصول المقصود وقتله قبل عرض الاسلام عليه ترك ندب كما ذكرنا بلا ضمان على القاتل لانه يستحق القتل بالارتداد ويزول ملكه اى ملك المرتد عن ماله بسبب ردته زوالا موقوفا ان تبين حاله فان اسلم عاد ملكه على حاله هذا عند ابى حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه بل يبقى ملكه الى ان يقتل وان مات او قتل على ردته او لحق بدارهم اى دار الحرب وحكم به اى باللحاق بدار الحرب استقر كفره عتق مدبره وام ولده وحل الدين عليه وقال الشافعى رح يبقى ملكه موقوفا بعد لحاقه كما كان قبل لحاقه وكسب حال اسلامه لوارثه المسلم واختلف الروايات عن ابى حنيفة فيمن يرث المرتد

روى الحسن عنه ان من كان وارثا له وقت ردته وبقي الى موته ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو اسلم بعض ورثته بعد ردته لا يرث على هذه الرواية وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد وروى محمد عن ابي حنيفة يعتبر من يكون وارثا له حين مات او قتل سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعدها وكسب حال ردته فئ هذا عند ابي حنيفة وقالا كلاهما لوارثه المسلم وقال الشافعي رح كلاهما فئ وقضى دين كل حال من الاسلام والردة من كسب تلك الحال اى دين حال الاسلام يقضى من كسبه تلك الحال اى دين حال الاسلام يقضى من كسب حال الاسلام ودين حال الردة يقضى من كسبه حال الردة وعن ابي حنيفة رح انه يبتدأ بكسب الاسلام فان لم يوف به قضى من كسب الردة وقالا يقضى ديونه من كسبه وبطل نكاحه وذبيحه لان الحل بهما يعتمد الملة وصح طلاقه لان النكاح قد انفسخ بالردة فيكون المرأة معتدة فان طلقها يقع واستيلاده يعني امة المرتد اذا ولدت فادعى نسبه يثبت نسب هذا الولد منه وكانت الامة ام ولده ويتوقف بيعه وشراؤه وباقي معاملاته كهبة واجارة ووصية ومفاوضة والحاصل ان تصرفات المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول الهبة والاستيلاد والطلاق ويبطل اتفاقا كالنكاح والذبح وموقوف اتفاقا كولايته على اولاده الصغار والمفاوضة ومختلف في توقفه كالبيع والشراء والاجارة والعتق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة هذا النوع من التصرفات ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق بدار الحرب وحكم به بطل وعندهما ينفذ هذه التصرفات الا عند ابي يوسف ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد رح ينفذ من المريض حتى يعتبر متبرعاته من ثلث فان لحق المرتد بدار الحرب وجاء الى دار الاسلام مسلما قبل حكم بلحاقه فكانه لم يرتد حتى لا يعتق مدبره وام ولده ويضمن وارثه ما اتلف من ماله وان جاء مسلما بعده اى بعد الحكم بلحاقه وماله موجود بعينه مع ورثته اخذه اى اخذ ماله واما ماله الذي ازاله الوارث عن ملكه او اتلفه فلم يضمنه ولا تقتل مرتدة حرة كانت او امة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء وقال الشافعي رح تقتل ان لم تسلم ولكن يجبر على الاسلام وتحبس

حتى تسلم وروى الحسن عن ابى حنيفة انها تخرج فى كل يوم وتضرب سبعة وثلاثين سوطا حتى تموت او تسلم وتصح تصرفها اى تصرف المرتدة فى مالها من البيع والشراء والهبة وغير ذلك وكسبها اى كسب الاسلام وكسب الردة لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفئ وصح ارتداد صبى يعقل ويقيم الحجج الواضحة على وحدانيته تعالى ونبوة محمد عليه الصلوة والسلام هذا عند ابى حنيفة ومحمد حتى يبطل نكاحه ويحرم عن الميراث وصح اسلامه فى احكام الدنيا والاخرة حتى يرث من اقربه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعى اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد ولنا ان عليا رضى الله عنه اسلم وهو صبى وصحح النبى عليه الصلوة والسلام اسلامه وكان على يفتخر به حتى كان يقول سبقتكم على الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم وقيل اول من اسلم من الرجال ابو بكر الصديق ومن النساء خديجة وعن الصبيان على ويجبر الصبى العاقل عليه اى على الاسلام ولكن لا قتل على الصبى ان ابى عن الاسلام ان بلغ كافرا

فصل فى البغاة

والبغاة جمع باغ من البغى وهو الظلم وفى الشريعة هو قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام فيدعوهم الامام الى العود الى العسكر المسلمين ويكشف شبهتهم فان تحيزوا مجتمعين اى تجازوا وما لوا الى فئة من المسلمين ليستعينوا بهم واجتمعوا واتخذوا حيزا ومكانا حل لنا قتالهم ابتداء خلافا للشافعى لانه لا يحل قتل المسلم الا دفعا ولنا ان خروجهم على الامام معصية والقيام بقتالهم نهى عن المنكر فنقاتلهم وان يبدؤا ونجهز اى يقال اجهز على الجريح اى قتل قتله على جريحهم دفعا للشر وقال الشافعى لا يجوز ذلك ويتبع موليهم ان كان لهم فئة وفيه خلاف الشافعى ايضا وان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لانه لا يخاف ان يلحق بالفئة فلا ضرورة الى قتله فلا يقتل لكونه مسلما ولا يسبى ذريتهم ولا يقسم مالهم ولا يرد عليهم بل يحبس مالهم الى ان يتوبوا فح لا يرد عليهم ويستعمل بصلاحهم وخيلهم عند الحاجة خلافا للشافعى لانه لا يحل الانتفاع بمال المسلم بدون رضائه ولنا انهم اذا احتاجوا الى سلاح اهل العدل فلهم ان يأخذوا

فاذا احتاجوا الى سلاح اهل البغي والحال انهم باخذوا وباغ قتل عادلا ان ادعى حقيته واني
كنت على الحق حين قتلت وانا الآن على الحق يرثه وان قال كنت على باطل يوم قتله لا يرثه
وقال ابو يوسف والشافعي لا يرث الباغي في الوجهين كعكسه اي كما اذا قتل العادل الباغي فانه
يرثه ولا يجب شيء بقتل باغ مثله اي باغيا آخر فانا ان ظفرنا عليهم لم يجب شيء

كتاب الجنايات

الجناية ما يجنيه من شر اي يحدثه ويكسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه
شرا وهو عام في كل قبيح وشنيع الا انه خص بما يحرم من الفعل سواء كان في النفس او في المال
وفي اصطلاح الفقهاء يطلق اسم الجناية على الفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال
فخصوه باسم الغصب والسرقة والقتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وجرى مجرى
الخطا والقتل بسبب والمراد بيان انواع القتل بغير حق مما يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية
والكفارة وغير ذلك فاما القتل من حيث هو اكثر من خمسة كالقتل قصاصا ورجما وقتل
الحربي وقتل قطاع الطريق وغير ذلك والقتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء سواء كان
سلاحا كالسيف والسكين او لم يكن سلاحا نحو الابرة وكنار فانها يعمل عمل السلاح في القطع
وتفرق الاعضاء ومحدد من الحديد او حجر او غير ذلك ولو كان محدد متخذا من خشب
او ليطة القصب اي قشره فان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو امر باطن لا يعرف الا بدليل ودليل
استعمال آلة قاتلة عادة هذا عند ابي حنيفة وعندهما وعند الشافعي العمد ضربه قصدا
بما لا يطيقه البنية حتى ان ضربه بحجر عظيم او خشب عظيم فهو عمد وبه اي بالقتل العمد يأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم ويجب القود عينا فقط بلا كفارة وقال الشافعي القود
عين متعين بل الولي مخير بين القود واخذ الدية ويجب الكفارة وشبه العمد ضربه قصدا
بغير ما ذكر اي بغير ما يفرق الاجزاء كالعصا والسوط والحجر الصغير واما الضرب بالحجر العظيم فشبه العمد عند
ابي حنيفة كما ذكرنا وسمي شبه العمد لان في هذا القتل معنيين معنى قتل العمد باعتبار قصد
الفاعل الى الضرب ومعنى قتل الخطا باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التي استعملها

اذ هي آلة الضرب للتاديب دون القتل وشبه العمد متحقق عندنا وعند الشافعي رح خلافا لمالك وفيه اي في شبه العمد الاثم لانه قاصد الى الضرب وارتكاب ما هو محرم شرعا والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة قد خلت تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ ودية مغلظة على العاقلة سيجئ تفسير الدية المغلظة وهو شبه العمد فيما دون النفس عمد اي لا يكون فيما دون النفس شبه عمد فصرح قصدا بغير ما ذكر فيما دون النفس عمد يوجب القصاص لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بآلة دون آلة وفي قتل الخطأ فعلا او قصدا اي الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرى شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرى غرضا فاصاب آدميا فالحاصل ان في وصول الرمي الى المحل الذي اصابه لكنه مخطئ باعتبار قصده لانه قصد الصيد او الحربي وفي الثاني لم يقصد الرمي الى ذلك المحل الذي اصابه وانما قصد الرمي الى محل آخر وهو الغرض وانما انحصر في هذين النوعين لان رمي السهم الى شئ معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي ولو اتصل الخطأ بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني كرميه غرضا فاصاب آدميا مثال للخطأ في الفعل او مسلما ظنه صيدا او حربيا مثال الخطأ في القصد كما ذكرنا وما جرى اي في القتل الذي جرى مجراه اي مجرى الخطأ كالنائم سقط على آخر فمات الآخر بسبب سقوط النائم عليه كفارة ودية مبتدأ وخبره في الخطأ فيما جرى عليها اي على العاقلة في الثلث سنين وفي القتل بسبب كحفر البئر في غير ملكه ونحوه كوضع حجر في غير ملكه دية عليها اي على العاقلة ولا يتعلق به الكفارة ولا ارث في شئ من صور القتل الا ههنا اي في القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث وقال الشافعي متعلق بالخطأ في حكما ونقصان الصبي هدر اي اذا قتل رجل صبيا يجب القود وكذا نقصان الانوثة هدر فاذا قتل الرجل المرأة يجب القود وكذا نقصان الرق هدر فيقتل الحر بالعبد خلافا للشافعي لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولنا قوله تعالى النفس بالنفس وقوله تعالى الحر بالحر لا يدل على نفي الحكم

عماعداه على اصلنا على انه ان دل يجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى الحر بالحر ولكن نقصان الجنون والعمى والزمنة وكفر الذمى هدر في قتل المسلم بالذمى خلافا للشافعى رح ولكن نقصان الاطراف هدر في القود فيقتل الصحيح بالاعمى والزمن والاشل والاعرج والاعور وغير ذلك ممن هو ناقص لان العبرة للمساواة في العصمة لا فيما وراءها لئلا يؤدى الى سد باب القصاص والى ان لا يقتل العالم بالجاهل مثلا ولا يقاد السيد بمملوكه قنا كان او مدبرا او مكاتبا ولو كان المملوك مشتركا لان القصاص لا يتجزى واذا سقط في البعض سقط في الكل ولا يقاد الوالد بالولد لان كون الاب سببا لوجوده فيستحيل ان يكون الابن سببا لفنائه والجد سواء كان من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا الباب بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب قربت او بعدت ويقتل الولد بالوالد قال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال ان ضربه تاديبا فاتى على النفس من غير قصد وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل وعبده اى لا يقتل الوالد بقتل عبد ولده ولو قتل المكاتب لا يقاد القاتل بمكاتب له وفاء اى مال يوفى بدل الكتابة وله وارث اخر غير سيده وسيده وان اجتمع الوارث مع السيد لاختلاف الصحابة في موت هذا المكاتب حرا او رقيقا فان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فولاية القود للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رض فولاية القود للمولى فاشتبه من له حق القود فلا يقاد قاتله اما اذا قتل المكاتب عمدا وترك وفاء ليس له وارث الا السيد فللسيد القصاص عند ابى حنيفة وابى يوسف رح لان من له ولاية استيفاء القصاص متعين وهو السيد وقال محمد رح لا قصاص فيه وكذا ان قتل مكاتب لم يترك وفاء وله ورثة احرار يجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقا بالاجماع ويسقط قود ورثة على ابيه اى اذا قتل الاب شخصا وولى القود ابن القاتل بان قتل الاب ام ابنه مثلا سقط القود لحرمة الابوة ولا يقاد الا بالسيف المراد بالسيف السلاح هذا عندنا وعند الشافعى يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا .... اذا قطع يد انسان عمدا ثم مات يقطع يد القاطع فان مات والا يحز رقبته وان حصل القطع بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتل او وطى صغيرة او لاط صبيا

فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي رح قال بعضهم يحز رقبته ولا يفعل ما فعل به و
قال بعضهم يتخذ آلة من الخشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل ما فعل ذلك وفي الخمر يوجر الماء حتى
يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ومن قتل وليه صغير وكبير مثلا ان
يكون للمقتول ابنان صغير وكبير يستوفي الكبير قبل كبر الصغير قود لهما اي للصغير والكبير هذا عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس للكبير ولاية القود حتى كبر الصغير لانه حق مشترك
كما اذا كان القود مشتركا بين الكبيرين واحدهما غائب وله ان القصاص حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم والاصل ان ما لا يتجزى اذا
وجد سببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية النكاح لكن لك انفرد كل واحد باستيفائه
بخلاف الكبيرين لاحتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص وفي قتل مسلم مسلما
ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة مبتدأ خبره وفي قتل مسلم اي اذا التقى صف من
المسلمين وصف من المشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قصاص عليه وعليه الكفارة
لانه خطأ في القصد ويجب الدية عليه قيل انما يجب الدية اذا كانوا مختلطين اما اذا كان المقتول في صف
المشركين فلا يجب شيء لانه هو الذي اهدر دمه حيث وقف في صفهم وكثر سوادهم وفي موت بفعل
نفسه كما اذا شج رجل نفسه وفعل زيد وبفعل سبع كما اذا عقره اسد وفعل حية بان نهشته حية
ثلث الدية لانه مات بثلث افعال لان فعل الاسد والحية جنس واحد لانه هدر في الدنيا والآخرة وفعل
الانسان بنفسه جنس آخر لانه هدر في الدنيا ومعتبرة في الآخرة حتى يأثم بالاجماع وفعل
زيد جنس آخر لانه معتبرة في الدنيا والآخرة فصار ثلثة اجناس فيكون التلف بكل واحد ثلثه
فيجب على زيد ثلث الدية فان قلت يجب ان ينظر الى ما هو مؤثر في الموت وينظر الى اتحاده وتعدده
والسبع والحية اثنان ولا اعتبار في ذلك لكونهما هدرا قلنا الكلام فيما اذا اشتبه الحال ولم يعلم ان
المقتول باي هذه الافعال الثلث مات واما اذا علم انه مات بفعل نفسه او بفعل كما هو المعتبر مثلا اذا
علم انه مات بفعل نفسه او بفعل السبع والحية كان هدرا قطعا ولا اعتبار لكون فعل السبع والحية

اثنين للاشتراك في الحكم وهو كونهما هدرا والفعل انما يعتبر واحدا ومتعددا باعتبار وحدة الحكم وتعدده ولا شئ تقبل مكلف شهر سيفا ليلا او نهارا في مصر او غيره على مسلم لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد حل دمه اى هدر ولان السيف غير ملبث فيحتاج الى دفعه بالقتل او شهر عصا ليلا لا اذا شهر نهارا في مصر اى شهر مكلف على مسلم عصا صغيرا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه عمدا فلا يجب عليه شئ لان العصا الصغير وان كان ملبثا ولكن في الليل لا يدركه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر لا يدركه الغوث وان شهر عليه عصا نهارا في المصر فقتل المشهور عليه عمدا فقتل به عند ابي حنيفة وعندهما لا قصاص عليه والدية في ماله اى مال القاتل في غير مكلف اى اذا شهر المجنون او الصبي على غيره صلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شئ والقيمة في قتل جمل صال عليه اى على القاتل القيمة مبتدأ وعليه خبره اى اذا صال جمل على رجل فقتل تجب عليه القيمة لانه اتلف مالا معصوما لان فعل الدابة لا يسقط العصمة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الجمل الصائل ولا يجب في الصبي والمجنون وقال الشافعي لا يجب الضمان اصلا ويجب القود فيما دون النفس اذا امكن رعاية المماثلة وهو المساواة فكل جناية فيما دون النفس ان امكن فيه المساواة يجب فيه القود والا فلا كقطع اليد من المفصل ولا عبرة لكبر اليد وصغرها وانما قال من المفصل احترازا عما اذا قطع من نصف الساعد فانه لا يمكن رعاية المساواة وكقطع الرجل من المفصل وما دون الانف وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه والاذن لامكان رعاية المساواة وكل شجة يمكن فيها رعاية المماثلة كالموضحة وهو ان تظهر العظم وعين قائمة ضربت فذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المساواة بجعل على وجهه اى وجه الضارب على عينه الاخر قطن رطب ويربط ويقابل عينه بمرآة محماة فانه تذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المماثلة لا يجب القود ولا يمكن رعاية المماثلة ان قلعت العين ولا في كسر عظم لاحتمال زيادة والنقصان الا السن فيقلع ان قلعت وهكذا وقع في الوقاية

وكانه نقل من الهداية كما وقع في بعض النسخ هكذا ولو قلعه من اصله يقلع الثاني لكنه لم يوجد
في النسخ الصحيحة من الهداية ومخطوطة في بعضها وذكر في الكافي والنهاية والكفاية ان
قلع السن لا يقلع سنه قصاصا للتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية
لكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن وتبرد السن بالمبرد بقدر ما كسرت ولا يجب قود بين رجل
وامرأة فيما بين دون النفس في الاطراف وكذا بين حر وعبد وعبدين لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالاموال ولا مماثلة بينهما للتفاوت في القيمة بتقويم
الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر مثلا بخمسمائة دينار قطعا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك
ولو بلغت لما يبلغ بالحزر والظن فلا يكون مماثلة اليد الحر يقينا وعند الشافعي يجب القود الا اذا
قطع الحر طرف العبد فانه لا قصاص عنده ايضا ولا يجب القصاص في الجائفة هي الجراحة التي
وصلت الى الجوف فمن جرح آخر جائفة فبرأت فلا قصاص عليه لان البرء فيها نادر فالظاهر ان
الثاني يفضي الى الهلاك اما اذا لم يبرء الجائفة فان كانت سارية الى الهلاك يجب القصاص وان لم يبرء بعد لا يقتص الى
ان يظهر الحال من البراءة والسراية ولا في اللسان والذكر لانهما ينقبضان وينبسطان فتعذر عليه
المماثلة فيهما وعن ابي يوسف اذا قطعا عن اصلهما يجب القصاص الا ان يقطع الذكر من الحشفة
لان موضع القطع معلوم فيمكن رعاية المماثلة فيها فلو قطع بعض الحشفة فلا قصاص لانه لا يعلم مقدار
البعض واذا كانت يد المقطوع صحيحة خير المجني عليه ان كانت يد القاطع ناقصة الاصابع او شلاء
ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غير القطع وان شاء اخذ الارش كاملا وقال الشافعي رح
يقطع يده ويضمن النقصان وخير المشجوج ان كانت الشجة تستوعب ما بين قرني المشجوج اي ما بين
جوانب راسه ولا تستوعب ما بين قرني الشاج اي شج رجل رجلا موضحة حتى يجب القصاص والشجة
طولها مقدار شبر مثلا وراس المشجوج صغير يستوعب الشجة ما بين قرنيه وراس الشاج
اعظم لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه فالشين الذي يلحق المشجوج اكثر من الشين الذي يلحق الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ الارش وفي عكسه مخير ايضا للتعذر الاستيفاء كاملا لانه

تعدى الى غير جهة وكذا لو كانت الشجة فى طول الراس وهى تاخذ من جبهة الى قفاء ولا يبلغ الى
قفاء الشاج فهو بالخيار ايضا ومن وجب عليه القود يسقط القود بموت القاتل لفوات محل الاستيفاء
وفيه خلاف الشافعى رح فان الواجب عنده من القصاص والدية احدهما فاذا مات ولا تجب احدهما
تعين الاخر ويسقط بعفو ولى من الاولياء وصلحه من نصيبه على عوض وللباقى من الورثة
حصة من الدية والاصل ان القصاص والدية حق جميع الورثة واذا ثبت الحق الكل وكل واحد
يتمكن بين استيفائه واسقاطه صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص
سقوط فى حق الباقين اذ القصاص لا يتجزى فيتحول حق الباقين الى الدية وقال مالك والشافعى
لا يرث الزوجان من الدية ويقتل جمع بفرد اى اذا قتل جمع واحدا عمدا تقتل الجماعة وبالعكس
اى اذا قتل فرد جمعا وحضر اولياء المقتولين قتل الفرد بهم جميعا على سبيل الكفاية ولا شئ
لهم من المال فان حضر ولى واحد من اولياء المقتولين قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعى
ان قتلهم على التعاقب يقتل باولهم ويقضى بالدية لمن بعد الاول فى تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم و يقضى
بالقصاص لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين وفى قول قتل لهم جميعا وقسمت الديات بينهم ولا يقطع
يدان بيد اى اذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على احد منهما وعليهما نصف الدية وقال
الشافعى يقطع يداهما صورة المسئلة المختلفة فيها بيننا وبين الشافعى رح فيما اذا اخذ سكينا من
جانب وامراه على يده حتى قطعت اما اذا وضع احدهما السكين من جانب والاخر من الجانب الاخر
وامراه حتى التقيا لا يجب القصاص عنده ايضا ويقاد عبد اقر بقود وقال زفر رح لا يصح اقراره
لانه يؤدى الى ابطال حق المولى كالاقرار بالمال لانه متهم ولنا ان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق
الحد والقصاص وبطلان حق المولى ضمنى فلا يبالى به وانما يرد اقراره بالمال لانه متهم فيه ولا تهمة ههنا لانه
يقتل به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى اخر فماتا يقتل الرامى للاول وعلى عاقلته الدية
للثانى لان الاول عمد وفيه القصاص والثانى خطا فيجب الدية فيه ومن قطع يد رجل عمدا فعفى
المقطوع عن قطعه فمات المقطوع منه ضمن قاطعه ديته فى ماله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو

قوله والقصاص الخ ان الاصل ان يكون المساواة فى جميع الشجة بينهما ولا يمكن ذلك هاهنا عينى

قوله لفوات الخ يعنى لا يلزم الدية فى تركة القاتل لان الواجب عندنا فى العمد القود فقط عينى

قوله تقتل جمع الخ وبه قال مالك والشافعى واحمد واكثر اهل العلم

قوله لا يقطع الخ لان كل واحد منهما قاطع بعض اليد نقاية

قوله كالمال الخ عيني

قوله فنفذ السهم الخ فهستانى

المقطوع عن القطع فهو عفو عن النفس عناية

عن النفس ايضا لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان النفس للفعل وهو القطع لا يحتمل العفو وموجبه احد الشيئين ضمان اليد ان لم يسر وضمان النفس ان سرى ولابي حنيفة رح انه عفى عن القطع فاذا سرى علم انه كان قتلا لا قطعا وانما لا يجب القصاص بشبهة العفو ولو عفى المقطوع القاطع عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه فمات فهو عفو عن النفس لان الجناية اسم جنس فالعفو عنها عن القطع والنفس جميعا واما العفو عن القطع وما يحدث منه فصريح فالخطأ يعتبر من ثلث ماله اي اذا كان القطع خطأ وقد عفى عن الجناية او عن القطع وما يحدث عنه فانه فهو عفو عن الدية ويعتبر من الثلث لان الدية مال وحق الورثة متعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث والعمد معتبر عن كله اي كل المال لان القطع اذا كان عمدا فموجبه القود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه عن الكمال وحق القود يثبت بطريق الخلافة ابتداء للورثة لا ارثا اي القود غير موروث لانه يثبت بعد الموت ابتداء عند ابي حنيفة لتشفي صدور الورثة اذ الميت ليس باهل للتشفي والقصاص ملك الفعل في المحل ولا يتصور الفعل من الميت لان الميت ليس اهلا لان يملك شيئا الا ما له حاجة اليه كالمال مثلا فطريق ثبوت القود الخلافة عنده وعندهما طريق ثبوته الوراثة والفرق بينهما ان الوراثة يستدعي ثبوت الملك للمورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا يستدعي ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ان يقوم شخص مقام غيره في اقامة فعله ففي القتل اذا تعدى القاتل على المقتول فالحق ان يقتص المقتول القاتل لكنه عاجز عن اقامته فالورثة اقاموا مقامه من غير ان المقتول ملكه اولا ثم انتقل منه الى الورثة واذا ثبت هذا الاصل فرع عليه قوله فلا يصير احدهم اي احد الورثة خصما عن البقية في اثبات حقها بغير وكالة فان كل ما يملكه الورثة وراثة فاحدهم خصم عن الباقي اي قائم مقام الباقين في الخصومة حتى ان ادعى احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام بينة عليه يثبت حق الجميع فلا يحتاج الباقون من الورثة الى تجديد الدعوى واقامة البينة وكذا اذا ادعى احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة عليه ثبت على الجميع حتى لا يحتاج المدعي الى ان يدعي على كل واحد وما يملكه الورثة لا بطريق

الورثة لا يصير احدهم خصما عن الباقين نفرع على هذا قوله فلو اقام احد الاخوين حجة
بقتل ابيه غائبا اخوه فحضر الاخر الغائب يعيدها اى البينة وهذا عند ابيحنيفة خلافا لهما
وفى القتل الخطا والدين لا يعيد البينة اى ان كان القتل خطا لا يحتاج الى اعادة البينة لان
موجبه المال وطريق ثبوته الميراث وكذا فى الدين اذا اقام احد الورثة بينته ان لابيه على
فلان كذا فحضر الباقى لا يحتاج الى اقامة البينة ثانيا كما ذكرنا ومن رمى سهما كان العبرة فى
الضمان بحال الرمى لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير شخص جانيا بفعل يدخل
تحت اختياره وهو الرمى لا حال الوصول واصابة السهم فيجب الدية على من رمى مسلما فارتد
المرمى اليه فوصل السهم اليه وهذا عند ابى حنيفة وقالا لا شئ على الرامى لان التلف حصل
فى محل لا عصمة له فاتلاف غير المعصوم هدر ولابيحنيفة ان الرامى انما يصير فاسقا بالرمى
لان الرمى فعله والمرمى اليه وقت الرمى معصوم متقوم لكن لا يجب القصاص لاعتبار حالة
التلف لانه يصير شبهة فى سقوط القود فيجب الدية

كتاب الديات

جمع دية الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس
ثم قيل بذلك المال دية تسمية بالمصدر وفاءها محذوفة كما فى عدة وتركيبها يدل على
معنى الجرى والخروج ومنه الوادى ومقدار ذلك المال من الذهب الف دينار لما
روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار
وعليه الاجماع ومن الفضة عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعى اثنا عشر الفا ومن
الابل مائة وللقاتل الخيار يؤدى اى نوع شاء من الانواع الثلثة ولا يثبت الدية الا من
هذه الانواع الثلثة عند ابيحنيفة وعندهما منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وقيل فى زماننا قميص
وسراويل وهذه المائة من الابل فى شبه العمد ارباعا عند ابيحنيفة وابى يوسف خمس و
عشرون من بنت مخاض اى التى تمت عليها حول وخمس وعشرون بنت لبون وهى التى تمت عليها

حولان وخمس وعشرون من حقة هي التي تمت عليها ثلث سنين وخمس وعشرون من جذعة
وهي التي تمت عليها اربع سنين وعند محمد والشافعي رح ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفة في بطونها اولادها والثنية التي تمت عليها خمس سنين والخلفة هي التي
في بطونها ولد مضت عليه ستة اشهر وهي اي هذه الدية من الابل هي الدية المغلظة
ومعنى التغليظ ان يوجب شيئا فيه لا يجب في الخطا والتغليظ مختلفا فيه بين الصحابة
ونحن ناخذ بقول ابن مسعود فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ وهذه اي المائة
من دية الابل في قتل الخطا اخماس منها اي من الاربعة المذكورة يعني عشرون من
بنت مخاض وعشرون من بنت لبون وعشرون حقة وعشرون من جذعة و
عشرون من ابن مخاض هو الذي تمت عليه سنة وقال الشافعي رح عشرون ابن لبون
مكان ابن مخاض وكفارتهما اي كفارة شبه العمد والخطا عتق انسان مؤمن ذكرا كان او انثى
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وعن بعض اصحابنا انه لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح
والصحيح هو الاول فان عجز عن العتق صام شهرين ولاء لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين ولا اطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالرأي
لا يجوز وصح عن الكفارة صبي رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم بتبعية خير الابوين دينا
لا يصح الجنين لانه عضو من وجه ولم يعرف حيوته وسلامته وللمرأة نصف ما للرجل في دية
النفس وما دونها حتى يجب في قتل المرأة خطأ خمسة آلاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة
هكذا روي عن علي رض وعن زيد بن ثابت رض ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف
وبه قال الشافعي والذمي والمستأمن كالمسلم في الدية وقال الشافعي رح دية الكتابي
اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثلثمائة درهم وقال مالك رح دية الكتابي ستة آلاف
وهو قول الشافعي رح ففي قطع الانف كل الدية وكذا لو قطع المارن او القصبة
لا يزاد على الدية الواحدة والاصل انه اذا فوت جنس المنفعة على الكمال او ازال

جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال تجب كل الدية لانه اتلاف للنفس من وجه واتلاف النفس من وجه ملحق باتلاف النفس من كل وجه تعظيما للآدمى ففى الانف كل الدية لانه ازال جماله على الكمال لان كل جمال الوجه به فصارت النفس كانها هالكة وكذا فى الحشفة كل الدية لانها الاصل فى حقيقة الايلاج والدفق والقصبة تابعة ففى العقل كل الدية لان العقل من اعظم ما يختص به الآدمى وفى احدى الحواس الخمسة كالسمع والبصر والذوق والشم واللمس كل الدية لان كل واحد منها منفعة مقصودة فقد روى عن عمر رضه انه قضى باربع ديات لرجل على رجل بضربة واحدة على الراس ذهب بها عقله وبصره وسمعه ومنفعة ذوقه وكذا فى اللسان كل الدية ان منع النطق او اداء اكثر الحروف وكذا فى قطع بعض اللسان اذا منع الكلام الدية ولو قدر على التكلم ببعض الحروف وقيل يقسم على عدد الحروف وقيل يقسم على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب حكومة عدل ففى اللحية اذا حلق ولم ينبت سنة كل الدية وكذا فى شعر الراس اذا حلقت ولم ينبت سنة كل الدية فان مات قبل مضى السنة ولم ينبت لا شئ فيه وتكلموا فى لحية الكوسج والاصل انه اذا كان على ذقنه شعرات معدودة فليس فى حلقها شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل واذا كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا افسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه ليس لفعل الجانى اثر فهو بمنزلة الضربة التى لا يبقى اثرها ولكنه يودب على ذلك وقال مالك والشافعى يجب فى اللحية وشعر الراس حكومة عدل كما يجب كل الدية فى اثنين مما يوجد فى البدن اثنان ففى العينين او اليدين او الحاجبين او اللحيين او الاليتين او الرجلين او الاذنين او الشفتين او ثديى المرأة كل الدية وفى احدهما نصفها وقال مالك والشافعى يجب فى الحاجبين حكومة عدل وكذا يجب كل الدية فى اشفار العينين اذا لم تنبت وفى احدها

اى احد الاشفار ربعها اى ربع الدية ثم يحتمل ان يراد بالاشفار الاهداب مجازا ويحتمل
ان يراد بها منابت الشعر والحكم فيها هكذا ولو قطع الجفون باهدابها يجب دية واحدة
لان الاهداب والجفون كشئ واحد فصار كالمارن مع القصبة ويجب فى قطع اصابع اليدين
او الرجلين كل الدية وفى كل اصبع من اليد والرجل عشرها وفى كل مفصل من الاصابع
غير الابهام ثلثه اى ثلث عشر الدية وفيه اى كل مفصل من الابهام نصفه اى نصف
عشر الدية كما فى كل سن فان فيه نصف عشر دية ايضا لقوله عليه الصلوة والسلام فى كل
من خمس من الابل ولهذا استغنى عن بيان الحكمة فى وجوب نصف العشر مع عدد الاسنان
اثنان وثلثون وكل عضو ذهب نفعه بضرب كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها ففيه دية
اى دية ذلك العضو لان الحكم منوط اى متعلق بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة
ولا قود فى الشجاج لانه لا يمكن ضبط المماثلة فيها الا فى الموضحة اذا كانت عمدا الموضحة
التى تظهر العظم واعتبار المماثلة فيها ممكن بان ينتهى السكين الى العظم وعن محمد يجب القود فيما
قبل الموضحة بان يسبر غورها بمسمار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك ويقطع بها مقدار ما قطع
وفيها اى اذا كانت خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة خطأ او عمدا وهى التى تكسر العظم من الهشم
وهو كسر الشئ عشرها وفى المنقلة هى التى تنقل العظم اى تحوله بعد الكسر عشر ونصفه
اى نصف العشر وفى الآمة وهى التى وصلت الى ام الدماغ وهو الجلد الذى فيها الدماغ وفى الجائفة
وهى الجراحة التى وصلت الى الجوف ثلثها وفى جائفة نفذت الى جانب آخر ثلثاها لانها بمنزلة
الجائفتين وفى الحارصة هى التى تحرص الجلد اى تشقه وتخدشه وفى الدامعة هى التى تظهر
الدم ولا تسيله كالدمع فى العين والدامية وهى التى تسيل الدم والباضعة هى تبضع الجلد
اى تقطعه والمتلاحمة هى التى تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها اى يتلاحم ويتلاصق
والسمحاق وهى رقيقة فوق العظم اذا انتهت اليها الشجة سميت سمحاقا حكومة عدل اختلفوا
فى تفسير حكومة العدل قال الطحاوى فيقوم المجنى عليه لو فرض انه كان عبدا بلا هذا الاثر ثم

يقوم معه مع هذا الاثر فقدر التفاوة بين القيمتين هو اي قدر التفاوة هي حكومة
عدل فان كان من غير الجراحة يبلغ قيمته الفا مثلا ومع الجراحة يبلغ قيمته تسعمائة علم ان
الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فوجب عشر الدية وبهذا القول اخذ شمس الائمة السرخسي وبه يفتى
وقال الكرخي ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية ويجب
في اصابع يد واحدة مع نصف الساعد نصف الدية للاصابع وحكومة عدل لنصف الساعد
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه انه
ما زاد على اصابع اليد والرجل الى المنكب والفخذ فهو تبع والكف تابع للاصابع
والعبرة للاصابع فان قطع الاصابع الخمس يجب نصف الدية فان قطعها مع الكف
يجب ايضا نصف الدية وفي اصبع زائدة حكومة عدل سواء كان عمدا او خطأ
وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا لانه لا منفعة فيه ولا زينة فلا يجب ارش
مقدر ولكنه جزء من الادمي فلم يمكن اهداره فيجب حكومة عدل تعظيما للادمي
وفي عين صبي ولسانه وذكره حكومة عدل لو لم يعلم الصحة اي صحة هذه
الاعضاء بما دل على نظره اي نظر الصبي وكلامه وحركة ذكره هذا عندنا
وعند الشافعي رح يجب الدية كاملة واذا علم صحة هذه الاعضاء فالواجب دية
كاملة اتفاقا ولا يقاد جرح الا بعد برء لان المعتبر في الجنايات مآلها لان حكمها في
الحال غير معلوم فربما يسري الى النفس فيكون قتلا فما لم يستقر على شيء من البرء و
الهلاك لم يدر انها اي جناية وقال الشافعي يقتص منه في الحال وعمد الصبي والمجنون
خطأ لان العمد لا يتحقق منهما لانه ينبئ على العلم وهو بالعقل ولا عقل للمجنون وفي عقل
الصبي قصور وعلى العاقلة ديته اذا بلغت خمسمائة درهم وان كان اقل من خمسمائة ففي مالهما
لان ما دون خمسمائة لا يتحمل العاقلة لانه في معنى ضمان المال بلا كفارة وحرمان الارث
لان حرمان الارث شرع عقوبة وفي الكفارة ايضا معنى العقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة

الشافعی رح عمد الصبی والمجنون عمد حتی یجب الدیة فی ماله ومن ضرب بطن امراة حرة یجب غرة هی فی الاصل خیار المال والمراد ههنا خمسمائة درهم ای نصف عشر دیة الرجل وعشر دیة المراة وعند مالک والشافعی یجب قدر ستمائة درهم علی عاقلة الضارب وقال مالک رح یجب الدیة فی مال الضارب ان القت المراة جنینا میتا ذکرا کان الجنین او انثی اذ لا تفاوت فی الجنین الحر بین الذکر والانثی فیجب فی الذکر نصف عشر دیة الرجل وفی الانثی عشر دیة الانثی فیجب الدیة کاملة ان القت جنینا حیا فمات لان الظاهر انه مات بسبب الضرب ویجب غرة بسبب الجنین ودیة کاملة بقتل الام ان القت جنینا میتا فماتت الام ویجب دیة الام فقط ولا شئ فی الجنین ان ماتت الام فالقت جنینا میتا وانما لا یجب فی الجنین لانه یحتمل ان لا یکون موته بالضرب بل بسبب اختناقه بعد موت الام وقال الشافعی یجب الغرة ایضا ویجب دیتان ان ماتت الام من الضرب فالقت جنینا حیا فمات لانه قاتل شخصین وما یجب فی الجنین من البدل فهو لورثته وقال الشافعی رح یکون للام سوی ضاربه حتی لو ضرب رجل بطن امراة فالقت ابنه فعلی عاقلة الاب غرة ولا یرث ابوه منه لانه قاتل بغیر حق ولا یرث القاتل ویجب فی جنین الامة نصف عشر قیمته فی الذکر لو فرض حیا وعشر قیمته فی الانثی لو فرضت حیة بیان هذا انه یقوم الجنین بعد انفصاله میتا علی لونه وهیئته لو کان حیا فینظر کم قیمته بهذا المکان فان کان ذکرا یجب نصف عشر قیمته وان کان انثی یجب عشر قیمته فان قیل فیه تفضیل الانثی علی الذکر لان عشر قیمته اذا کان انثی اکثر من نصف عشر قیمته ان کان ذکرا وفی الدیات یفضل الذکر علی الانثی ولا یفضل الانثی علی الذکر قلنا هذا تسویة فی الحقیقة والتسویة جائزة ههنا بالاتفاق وهذا لان القیمة هناک کالدیة ودیة الانثی علی النصف من دیة الذکر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذکر والتفضیل انما یجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالیة وهذا یکون فی المنفصل لا فی الاجنبیة لانه لا مالیة له لکنه فی الجنین انما یجب ضمان الجنین باعتبار قطع النشو والانثی فی معنی النشو تساوی الذکور وربما یکون الانثی اسرع نشوا بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضیل الانثی علی الذکر لو تصور ثم وجوب البدل فی الامة قول ابی حنیفة رح

ومحمد رحمه وهو الظاهر من قول ابی یوسف عنه انه لا یجب فی جنین الامة شیء وانما یجب بنقصان
الام ان تمکن فیها نقصان وان لم یتمکن فلا یجب شیء کما فی جنین البهیمة وقال الشافعی یجب فی الجنین
عشر قیمة الام ذکرا او انثی وما ای جنین استبان بعض خلقه کالظفر والشعر مثلا کالتام
خلقه فی جمیع هذه الاحکام لانه ولد فی حق النفاس ومضی العدة وامومیة الولد وکذا فی
حق وجوب الغرة وضمن الغرة عاقلة امرأة اسقطت جنینا میتا عمدا بدواء شربت
او عالجت به فرجها او فعل کضرب بطن بنفسها متعمدا بلا اذن زوجها وان فعلت باذنه
فلا یجب شیء

فصل

فیما یحدث فی الطریق من اخذ فی طریق العامة کنیفا هو
المستراح او میزابا او جرصنا هو البرج وقیل مجری ماء ترکب فی الحائط وعن الامام
البزدوی هو جذع یخرج من الحائط یبنی علیه او دکانا وسعه ای یجوز له ذلک وان
لم ینتفع به ان لم یضر بالناس ولکل واحد من اهل الطریق نقضه وان لم یضر فالحاصل
اذا اضر بالناس لا یجوز ذلک وان لم یضر یجوز ولکن مع ذلک لکل واحد نقضه لانه تصرف
فی مشترک فلکل نقضه کما فی الملک المشترک مع انه لم یضر وفی طریق غیر نافذ لا یسعه
ذلک بلا اذن الشرکاء وان لم یضر بهم وضمن عاقلته ای عاقلة من احدث دیة من مات بسقوطها
ای الکنیف والمیزاب والجرصن ونحوها لانه سبب الهلاک کما لو وضع حجرا وحفر بیرا فی
الطریق فتلف به ای بالحجر او بالبیر نفس فانه یضمن عاقلته دیة المتلف لا یضمن العاقلة
ان مات الواقع فی البیر جوعا او غما هذا عند ابی حنیفة وقال ابو یوسف ان مات
جوعا فکذلک ای کما قال ابو حنیفة وان مات غما یجب الضمان لان الغم سبب
الوقوع اذ المراد بالغم هنا الاحتباس من هواء البیر وقال محمد یجب الضمان فی الوجوه
کلها وان تلف به بهیمة ضمن هو ای واضع الحجر وحافر البیر لان العاقلة یتحمل
الناس لا المال ان لم یاذن به الامام ای انما یجب الضمان فی احداث الکنیف والمیزاب
والجرصن والدکان ووضع الحجر وحفر البیر فی طریق

العامة اذا كان بغير اذن الامام اما اذا احدث ذلك باذن الامام فلا ضمان لان للامام
ولاية عامة ورب حائط مائل الى طريق العامة وطلب نقضه اى نقض الحائط مسلم
او ذمى وصورة الطلب ان يقول حائطك هذا مائل فاهدمه ممن يملك نقضه كالراهن
فانه يملك نقضه بفك رهنه والولى للطفل والوصى حتى لو مال الحائط الصغير
فاشهد على ابيه او وصيه فسقط واتلف شيئا فالضمان فى مال الصغير والمكاتب لان له
ولاية النقض والعبد التاجر سواء كان عليه دين اولا لتمكنه من هدم الحائط فلم
ينقض الحائط فى مدة يمكن نقضه ضمن خبر لقوله ورب حائط ما لا يتلف به اى بالحائط
وضمن عاقلة النفس وعند الشافعى رح لا يضمن وهو القياس لانه لم يوجد منه
صنع هو تعد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق
بحائط ورفعه بيده فاذا طولب بالنقض ولم يفرغ الهواء صار جانيا فان قيل قد شرط
القوم الاشهاد فى التضمين حتى قالوا صورة الاشهاد اشهدوا انى قد تقدمت الى
هذا الرجل فى هدم الحائط هذا فلم اهمله المصنف قلنا الشرط هو الطلب والاشهاد
ليس بشرط حتى لو طولب من غير اشهاد وهو يقر بالطلب يضمن هكذا قيل ولكن على هذا
ينبغى ان لا يشترط الاشهاد فى اخذ الابق وينبغى ان مولى الابق يضمن لو اقر ان الاخذ
اخذه للرد فيجب الجعل ولا يضمن من طلب منه نقض حائط فباع الحائط وقبضه
المشترى فسقط الحائط فانه يبرأ البائع عن ضمانه ولا ضمان على المشترى لانه لم
يطلب منه النقض فان طلب منه فهو ضامن او طلب ممن لا يملك النقض وهو كالمودع
ونحوه مثل المرتهن والمستاجر وساكن الدار لانهم لا يتمكنون من نقضه وان مال
الحائط الى دار رجل فله الطلب خاصة لان الحق له دون غيره وان بنى الحائط
مائلا ابتداء ضمن ما سقط عليه بلا طلب لانه متعد فى شغل هواء بطريق بنائه
وان كان الحائط المائل مشتركا بين خمسة مثلا وطلب احد الشركاء نقض الحائط

فسقط وتلف به مال او نفس فالضمان بالحصة اى يضمن الذى طلب منه النقض خمس المال فى تلف المال او ضمن العاقلة خمس الدية فى تلف النفس او كانت دار مشتركة بين الثلثة مثلا وحفر احدهم فى دار مشتركة بئرا بغير اذن صاحبيه فتلف به مال او نفس فالضمان بالحصة اى ضمن الحافر ثلثى المال فى تلف المال وضمن عاقلته ثلثى الدية فى تلف النفس وهذا عند ابى حنيفة وقالا يجب الضمان نصفين فى المسئلتين لان ما تلف بنصيب من طلب منه النقض فى المسئلة الاولى معتبر وما تلف بنصيب من لم يطلب منه هدر فجعل قسمين وما تلف بالحفر فى نصيبه فى المسئلة الثانية غير معتبر وما تلف فى نصيب فى الحفر غيره معتبر فانقسم نصفين وله ان الطلب وقع فى الخمس فى المسئلة الاولى ولم يقع فى اربعة الاخماس فيجب الضمان بقدر الطلب والحفر فى المسئلة الثانية وقع فى ملكه وملك غيره فما وقع فى ملكه وهو الثلث فالحافر فيه غير متعد فلا يجب الضمان وما وقع فى ملك غيره وهو الثلثان فى الحافر فيه متعد فيجب الضمان بقدر التعدى

فصل

فى جناية البهيمة ضمن الراكب ما تلفه دابته بان وطئت الدابة او اصابت برجلها او بيدها او اصابت براسها او كدمت اى عضت بمقدم اسنانها او صدمت اى ضربت بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن للراكب لا ما نفحت اى ما ضربت يقال نفحت الدابة اى ضربت بحد حافرها برجلها او ذنبها فى حال سيرها لانه لا يمكن الاحتراز عن النفحة فى حالة السير وعند الشافعى يضمن بالنفحة وان اوقفها فى الطريق ضمن بالنفحة عندنا ايضا او تلفت بما راثت او بالت فى الطريق سائرة لان التحرز عنه غير ممكن او اوقفها لذلك اى للروث والبول فانه لا يضمن ايضا ما تلفت بما راثت او بالت لان بعض الدواب لا يفعل ذلك الا بعد الوقوف وان اوقفها بغير ذلك يضمن لانه متعد بالايقاف وذكر فى المغرب لا يقال اوقفه الا فى لغة ردية او اصابت بيدها او رجلها حصاة او حجرا صغيرا او نحوه كالغبار والنواة ففقأت به عينا لم يضمن

ايضا لان الاحتراز عنه متعذر ويضمن بالكبير لان التحرز عنه غير متعذر قيل الكبير هو
الذي يراه الراكب من غير تكلف والسائق والقائد كالراكب اي ان كان مكان الراكب
سائق او قائد يضمن ما ضمنه الراكب الا ان الكفارة اي كفارة القتل ان تلف نفس عليه
اي على الراكب فقط لا على السائق والقائد والراكب يحرم من الميراث لا السائق والقائد
لان القتل انما حصل بثقل الراكب اما فعل السائق والقائد فتسبيب الى القتل والكفارة جزاء الفعل
فلا يجب بالتسبيب ولو اصطدم فارسان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال
زفر رح والشافعي يضمن كل نصف دية الآخر لان هلاكه بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه
فيهدر نصفه ويعتبر نصفه قلنا كل واحد منهما مباح والمباح في حق نفسه لا يضاف اليه
الهلاك وفي حق غيره يضاف اليه الهلاك كالنائم اذا انقلب على غيره وان ارسل كلبا فاصاب
شيئا فاتلف في فوره ضمن المرسل ان ساقه بان مشى خلفه لان الكلب محمول على الاتلاف من جهة
المرسل السائق فاضيف فعله اليه فكان الكلب آلة الاتلاف وان لم يسق الكلب لا يضمن لان الكلب عامل باختياره
ولا يضاف الاتلاف الى المرسل لانه انقطع عنه فعل المرسل وان ارسل طيرا فاصاب واتلف شيئا لا يضمن
في الطير سواء ساقه او لم يسقه اما اذا لم يسقه فظاهر لانه فاعل مختار وانقطع عنه فعل المرسل
واما ان ساقه فلان الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فان قيل نعم بدون الطير
لا يحتمل السوق بالضرب لكن يحتمل بالزجر والصياح قلنا الزجر والصياح غير معتبر في باب التضمين
الا ترى انه لو ارسل الكلب وزجره وصاح عليه ولكنه لم يسقط لم يضمن وانما اعتبر الزجر و
الصياح في حل الصيد للضرورة لان للناس حاجة الى الاصطياد ولا طريق سوى الارسال والزجر
ولا ضرورة في حق الضمان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله وكذا الدابة المنفلتة اذا اصابت
فاتلفت مالا او نفسا لا يضمن صاحبها لانه لم يوجد منه ما يوجب نسبة الاتلاف اليه من الارسال والسوق
ونحوهما وان سار الرجل على الدابة في الطريق ونخسها رجل بلا اذن الراكب فضربت بيدها
رجلا او نفرت وصدمت وقتلها او نفحت فاجتمع فعل الراكب والناخس ثم هذا ضربه واي

الناخس ما تلف بالضرب والصدم حتى النفحة ولا يضمن الراكب لان الناخس متعد في فعله والراكب
غير متعد في فعله فيضمن المتعدي وعن ابي يوسف يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين ويجب في
فقاء عين شاة القصاب ما نقص الفقاء في عينها لان المقصود من الشاة هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان
والقصاب ليس بقيد ووضع المسئلة فيه لظهور ان المقصود منها هو اللحم وكذا من كل شاة
واما في فقاء عين البقرة والجزور كان للقصاب او لغيره وعين الحمار والبغل والفرس فالواجب ربع
القيمة وقال الشافعي رح الواجب فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ان الشاة لا تعمل بل ينتفع
بها كما ينتفع بالامتعة فوجب النقصان من غير تقدير فاما ما عددناه من البهائم فهي عاملة ولا يمكن
اقامة العمل بها الا باربعة اعين عيناها وعينا من يستعملها فكانها ذات اربعة اعين فوجب ربع
القيمة بفوات احدها **فصل** في جناية الرقيق والجناية عليه ان جنى عبد جناية خطأ فسيده
بالخيار ان شاء دفعه سيده بها اي بالجناية وان شاء فداه بارشها حالا وامسك عبده عندنا
وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد
العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق
بل يطالب العبد واعلم ان التقييد بالخطأ ههنا انما يفيد في جناية العبد في النفس لانه اذا كان
عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد التقييد بالخطأ لان خطأ العبد وعمده
فيما دون النفس سواء يوجب المال في الحالين لان القصاص لا يجري بين العبدين ولا بين
العبد والحر فيما دون النفس فان وهبه اي وهب السيد العبد الجاني او باعه او اعتقه او
دبره او استولدها اي الامة الجانية والحال ان السيد لم يعلم بها اي بالجناية ضمن السيد الاقل من
من قيمة العبد ومن الارش لان السيد قبل هذه التصرفات مخير بين الدفع والفداء وفوت عليه
بهذه التصرفات ولم يصر مختار الفداء لعدم العلم بالجناية فقامت القيمة مقام العبد فيضمن الاقل
من القيمة ومن الارش وانما يضمن الاقل لان حق ولي الجناية في الاقل ولا معنى لتخيير السيد بين الاقل
والاكثر وان علم بالجناية غرم الارش لانه فوت عليه دفع العبد بهذه التصرفات فصار

مختار الارش ضرورة من قتل عبدا خطأ يجب عليه قيمته لانه دية العبد قيمته ولكن
لا يزاد على عشرة الاف فان بلغت هي اي قيمة العبد دية الحر اي عشرة الاف درهم وبلغت قيمة
الامة دية الحرة اي خمسة الاف درهم نقص من كل واحد من القيمتين عشرة دراهم فيقضي في العبد
بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة بخمسة الاف درهم الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت وفي ضمان
الغصب اي ان غصب عبدا او امة قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته ما كانت اي
بالغة ما بلغت وهذا بالاجماع وكل ما قدر من دية الحر قدر من قيمته اي قيمة العبد لان القيمة
في العبد كالدية في الحر ففي يد العبد يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح وفي فقاء عيني
العبد ان شاء سيده دفعه اي العبد الى الفاقئ واخذ قيمته منه وان شاء امسكه
اي العبد بلا اخذ النقصان هذا عند ابي حنيفة وقالا ان شاء اخذ قيمته ودفع رقبته الى
الفاقئ وان شاء امسكه ضمن ما نقصه وقال الشافعي يمسكه ويأخذ كل القيمة وان جنى مدبر او ام ولد
جناية ضمن السيد الاقل من قيمته اي قيمة احدهما ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع
بالجناية وقد تعذر بسبب من جهة المولى ولا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى
في اكثر من القيمة فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء
على المولى ثم شارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى في قيمة دفعت اليه اي الى ولي الجناية
الاولى بقضاء اذ ليس في جناياته اي في جنايات المدبر وام الولد الا قيمة واحدة حتى لو اعتقه المولى
وعليه جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة وولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع ولي الجناية
الاولى ان دفعت القيمة بلا قضاء هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يتبع السيد ويتبع الاول سواء كان القيمة
دفع بلا قضاء او بغير قضاء لانه حين دفع الى الاول لم يكن جناية الثانية موجودة فلا يضمن
شيئا وله ان القيمة تجب على السيد باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق فصار كانه
في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل في حق اولياء الجنايتين كان دفع القيمة بعد وجودهما

هناك وان دفع كل القيمة الى احدهما بقضاء لم يضمن للثاني وان دفع بغير قضاء كان للثاني
الخيار فهذا مثله ومن غصب صبيا غير بالغ حرا لا يعبر عن نفسه فمات معه اي مع الغاصب فجاءة
او بحمى لم يضمن وان مات الصبي بصاعقة او نهش حية ضمن عاقلته الدية استحسانا والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان غصب الحر لا يتحقق وجه الاستحسان انه يضمن
بالاتلاف لا بالغصب لان نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق تسبيب للتلف لانها لا يكون في كل
مكان بخلاف الموت بالحمى والفجاءة لانه يكون في كل الاماكن حتى لو نقل الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
يضمنه واما اذا كان صبي عبر عن نفسه لا يضمن لانه لا يثبت يد الاخذ عليه حكما لانه يعارض
بلسانه كما في صبي ودع عبد فقتله اي قتل الصبي العبد فانه يضمن عاقلة الصبي قيمة العبد فان
اتلف الصبي مالا بلا ايداع ضمن الصبي لا عاقلته وان اتلف صبي ما اودع بعده اي بعد الايداع عنده
لا يضمن هذا عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن عند ابي يوسف والشافعي رح لانه اتلف مالا
معصوما ولابي حنيفة ومحمد ان الاتلاف حصل عن تسليطه عرفا اذ من عادة الصبيان اتلاف المال
فلما اودع المال عند الصبي كانه اذنه باتلافه فلا يضمن بخلاف ما اذا كان في الوديعة عبدا لانه
معصوم بحق الآدمية اذ العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم فلا يجوز للمالك تمليك غيره من اتلافه
كما انه ليس للمالك ولاية الاتلاف واما سائر الاموال فللمالك ان يتلفها فيجوز له تسليط غيره على الاتلاف

فصل في القسامة هي من القسم بمعنى اليمين يقال اقسم بالله اقساما وقولهم حكم القاضي
بالقسامة اسم منه وضع موضع الاقسام ثم قيل للذين يقسمون قسامة وقيل هي الايمان التي يقسم
اهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم ميت به جرح او اثر ضرب او خنق او خروج دم من اذنه
او عينه وجد في محلة او وجد اكثره او نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله وادعى وليه اي ولي
الميت القتل عمدا او خطأ على اهلها اي اهل المحلة او ادعى على بعضهم غير معين حلف خمسون
رجلا منهم يختارهم اي الخمسين الولي لان اليمين حقه وكيفية اليمين بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا ولا يحلف الولي لان البينة على المدعي واليمين على من انكر والولي هو المدعي فلا حلف عليه ثم اذا حلفوا

برأوا عن القصاص ثم قضى على اهلها بالدية اى دية الميت فقولہ ميت مبتدأ وحلف ثم قضى عليہ فالالف واللام فى الدية يقوم مقام الضمير يعود الى المبتدأ وذكر فى المبسوط فى ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم وما وقع فى اكثر النسخ واذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية فيحتمل ان يراد به على عاقلة اهل المحلة هذا عندنا وعند الشافعى ان كان هناك لوث اى علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة او شهادة واحد او جماعة غير عدل ان اهل المحلة قتلوه استحلف الاولياء خمسون يمينا ان اهل المحلة قتلوه ثم قضى بالدية على المدعى عليہ سواء كانت الدعوى بالعمد او بالخطأ وقال مالك رح يقضى بالقود ان كان الدعوى بالعمد وهو احد قولى الشافعى رح وان لم يكن هناك لوث حلف اهل المحلة على نحو ما قلنا وان ادعى الولى القتل على واحد من غيرهم اى غير اهل المحلة سقط القسامة عنهم اما اذا ادعى على واحد منهم اى من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم فان لم يكن الخمسون رجلا فيها اى فى المحلة كرر الحلف عليهم الى ان يتم خمسون يمينا وان كان العدد كاملا اى خمسون رجلا فاراد الولى ان يكون على واحد منهم لم يكن له ذلك لانه انما يصار الى التكرار للضرورة ولا ضرورة هنا ومن نكل عن اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه متحقق تعليما لامر الدم لا قسامة ولا دية ان خرج الدم من فمه او دبره او ذكره او انفه لان الدم يخرج من هذه المخارق بلا فعل احد وفى قتيل وجد على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اى عاقلة الرجل دون اهل المحلة لان القتيل فى يده فصار كما كان فى داره والراكب على الدابة والقائد لها كالسائق فالدية على عاقلة الراكب ان كان وحده وعلى عاقلة القائد ان كان وحده وان اجتمع السائق والراكب والقائد فالدية على عاقلتهم وقتيل وجد على دابة بين قريتين فالقسامة والدية على اقربهما قيل هذا محمول على ما اذا كانت بحيث يبلغ اهل المحلة الصوت لانهم قصروا اما اذا كان بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شىء عليهم وان وجد القتيل فى دار رجل يكون عليهم القسامة اى خمسون يمينا لان التدبير فى حفظ الدار الخاص

للمالك ويدي عاقلته ان ثبت انها اي الدار له اي الرجل بالحجة حتى لو ثبت بمجرد اليد لا تدي عاقلته وتدي عاقلة ورثته ان وجد القتيل في دار نفسه هذا عند ابي حنيفة لان الدار حال ظهور القتيل للورثة فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر لا شيء فيه قيل والحق هذا لان الدار في يده حال ظهور القتل فيجعل كانه قتل نفسه فكان هدرا وان كان الدار للورثة فالعاقلة انما يتحملون ما على الورثة تخفيفا لهم فلا يمكن الايجاب على عاقلة الورثة للورثة والقسامة على اهل الخطة اي على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط لتميز انصباءهم دون السكان والمشترين هذا عند ابي حنيفة رح ومحمد لان هذه النصرة على اهل الخطة دون غيرهم وقال ابو يوسف اهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية وقيل ان ابا حنيفة رح قال هذا على ما شاهد بالكوفة من عادة اهلها في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة لا يشاركهم غيرهم في ذلك فان باع كلهم اي كل اهل الخطة فعلى المشترين لانه زال من تقدمهم في تدبير اهل المحلة وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل آخر وللآخر ما بقي مثلا فالدية على عدد الرؤس لان صاحب القليل والكثير سواء في الحفظ والتدبير وان وجد في الفلك فالقسامة والدية على من فيها اي الفلك من الركاب والملاحين وان وجد في مسجد محلة فالقسامة والدية على اهلها وان وجد في سوق مملوك يجب على المالك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح على السكان وان وجد في سوق غير مملوك او الشارع الاعظم والجامع او السجن لا قسامة لانه يتعلق بجميع المسلمين ويجب الدية على بيت المال عند ابي يوسف ان وجد في السجن فالقسامة والدية على اهل السجن وان وجد في برية لا عمارة بقربها هدر وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت مملوكة لاحد يجب القسامة والدية على عاقلة المالك وان وجد في ماء بريه هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وقال زفر رح على اقرب القرى القسامة والدية ولو كان النهر صغيرا القوم معروفين فالقسامة والدية عليهم ومستحلف قال

قتله زيد مثلا يزاد في حلفه وحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير زيد مثلا لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتل زيد فلا يقبل قوله فيحلف بهذه الصفة لانه لما اقر بالقتل على واحد مثلا صار مستثنى عن اليمين فيبقى حكم من سواه فيحلف عليه وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل غيرهم او بقتل احد منهم هذا عند ابي حنيفة وعندهما اذا شهد بعض اهل المحلة بقتل غيرهم تقبل هذه الشهادة وفي رجلين في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما قتيلا ضمن الآخر الدية وعند محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم وفي قتيل قرية امرأة اي لو وجد القتيل في قرية امرأة فالقسامة عليها وكرر الحلف خمسين يمينا ودية على عاقلتها هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما يجب على من كان من اهل النصرة فالمرأة ليست من اهل النصرة ولهما ان القسامة في القتيل باعتبار الملك ونفي التهمة القتل والمرأة في الملك وتهمة القتل كالرجل فكانت كالرجل في القسامة

فصل

العاقلة اي جماعة العاقلة وهم الذين يؤدون الدية مأخوذة من العقل وهو الدية سميت به لانها يعقل اي يمنع الدماء من ان يسفك يقال عقلت القتيل اي اعطيت ديته والعاقلة اهل الديوان هم اهل الرايات في الجيش الذي كتب اساميهم في الديوان وهو الجريدة اي القطع من قرطاس الجيش جمعت وجردت من سائرها بوجه من الوجوه من دون الدواوين وجمعها الولاة والقضاة يقال فلان من اهل الديوان اي ممن يثبت له السهم في الجريدة لمن هو منهم اي من اهل الديوان وهذا عندنا وعند الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولنا ان عمر رض لما دون الدواوين فرض العقل على اهل الديوان بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد وكان ذلك اجماعا منهم وليس هذا نسخا واجماعا على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رض الدواوين صار القوة والنصرة بالديوان حتى ان كان القاتل عن قوم بينا صرح

بالقبائل يعتبر ذلك وان كانوا يتناصرون بالحرفة فعاقلته اهل الحرفة تؤخذ الدية من عطاياهم حين خرجت العطايا من الديوان والعاقلة حية وقبيلة لمن ليس منهم اى من اهل الديوان يؤخذ من العاقلة في ثلث سنين ثلثة دراهم او اربعة اى يقسم الدية عليهم في ثلث سنين ولا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وذكر القدوري في المختصر يقسم عليهم في ثلث سنين ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة والصحيح هو الاول وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار وان لم يتسع الحي وذلك ان يصيب الرجل اكثر من المقدر ضم اليه اى الحي اقرب الاحياء نسبا ثم الاقرب فالاقرب كما في العصبات وعلى هذا حكم الرايات والجيش اذا لم يتسع ذلك ضم اليهم اقرب الرايات نصرة اذا نابتهم نائبة الاقرب فالاقرب وذا مفوض الى رأى الامام وان لم يتسع الدية الحي وما ضم اليه من اقرب الاحياء نسبا يكون الباقي من الدية على الجاني لانه اصل في الجناية وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم وقال الشافعي ليس على القاتل شئ من الدية والعاقلة للمعتق حي سيده قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم والعاقلة لمولى الموالات مولاه وحيه اى حي مولاه وفيه خلاف الشافعي المعتبر العاقلة في العجم اهل النصرة سواء كان النصرة بالحرفة او غيرها كالقرب في السكنى في محلة مثلا ومن لا عاقلة له بان كان لقيطا او نحوه تعطى الدية من بيت المال ان كان بيت المال مضبوطا في جماعة المسلمين هم من اهل النصرة عن ابي حنيفة ان الدية في ماله والا اى وان لم يكن بيت المال مضبوطا فعلى الجاني الدية ويتحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل ابتداء لا ما يجب بصلح او اقرار لم يصدقه العاقلة لان الاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لانه لا ولاية له عليهم ولا يتحمل العاقلة ما يجب بقتل عمد سقط قوده بشبهة مثلا اذا قتل مكاتب عمدا وترك وفاء وله وارث وسيد كما مر او قتل ابنه عمدا فانه لا قود على الاب ويجب الدية في ماله لا على العاقلة ولا يتحمل العاقلة جناية عبده خطأ على الحر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فكما لا يتحمل عن العاقلة عواقلهم لا يتحمل جناية

العبد عاقلة مولاه او جناية عمد سواء كانت في النفس او في الاطراف قال النبي عليه الصلوة
والسلام لا يعقل العاقلة عمدا وهذا معنى عن قوله او قتل ابنه عمدا ولا مادون ارش
الموضحة اي اقل من نصف عشر الدية فان نصف العشر ارش الموضحة لانه يتحمل العاقلة للتحرز
عن اجحاف المال والاجحاف في القليل بل يجب المال في الصور المذكورة على الجاني في ماله

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكره ولا يريد بيده والكره
بالفتح اسم منه وفي الشريعة فعل يوقعه المرء بغيره بقال اوقع فلان بفلان ما يسوءه
فيفوت رضاه اي رضاء الغير كما اذا اكره بالحبس او الضرب او يفسد به اختياره كما اذا اكره
بالتهديد بالقتل او قطع العضو مع بقاء اهلية المكره فانه لا يزال اهلية المكره بالاكراه ولا
يسقط عنه الخطاب ولا يصير مجبورا على الفعل بحيث لا يكون له اختيار اصلا بل هو اهل التوجه
الخطاب بسبب العقل والبلوغ وله اختيار في الجملة فان الاكراه لا يكون على فعل لا اختيار
للمكره فيه فالاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا للرضاء وهو ان يكون بالحبس
والضرب والثاني ان يكون مفسدا للاختيار وهو يكون بالتهديد بالقتل او قطع
العضو ففوت الرضاء اعم من فساد الاختيار فان الحبس والضرب يفوت الرضاء
لكن الاختيار الصحيح باق وفي القطع والقتل لا رضاء ولكن الاختيار غير صحيح بل اختياره
فاسد فالرضاء في مقابلة الكراهة والاختيار في مقابلة الجبر ففي الاكراه بالحبس والضرب
لا شك ان الكراهة موجودة فالرضاء معدوم ولكن الاختيار متحقق مع وصف الصحة
لان الاختيار انما يفسد لخوف تلف النفس او العضو لان كل امر فيه تلف احدهما فالامتناع
عنه كان مجبولا في طبيعة جميع الحيوانات فالامتناع عنه وان كان اختيارا بالصورة
قريب من الجبر ففي الاكراه عند خوف تلف النفس او العضو اختيار الامتناع عما فيه مظنة
الهلاك اختيار فاسد لان الانسان عليه مجبول فكان الطبع عليه مخلوقا وشرطه في تحقق الاكراه
قدرة الحامل اي المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه

لا يتحقق الا من السلطان لان القدرة لا يكون الا من السلطان فقد قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان في زمان ابي حنيفة لم يكن لغير السلطان من القوة ما
يتحقق به الاكراه فاجاب على شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر الفساد فصار الامر الى كل متغلب
فتحقق الاكراه من الكل وشرط خوف الفاعل ايقاعه اي المكره ايقاع ما هدد به وذلك بان
يغلب على ظن المكره ان المكره يوقع ما هدد به فان غلب ظنه انه لا يفعل به لم يكن اكراها وشرط
كون المكره به متلفا نفسا او عضوا وهذا النوع من الاكراه هو الملجي اي المفسد للاختيار
او كون المكره موجبا غما يعدم الرضاء كالحبس المديد والضرب المولم وهذا يختلف باختلاف
الناس فان الاراذل ربما لا يغتمون بالضرب والحبس فالضرب الذي يكون اكراها في حقهم هو الضرب المبرح و
الحبس الا ان يكون مؤبدا يتضجر منه وذلك على قدر ما يراه الحاكم اذا رفع اليه اما الاشراف فانهم يغتمون
بمجرد كلام فيه خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم وشرط كون الفاعل اي المكره ممتنعا عما اي الفعل
الذي اكره عليه قبله اما لحقه كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق ادمي اخر كاتلاف مال الغير
او لحق الشرع كالزنا وشرب الخمر واكل الميتة فلو اكره بالملجي كالقتل وقطع العضو وضرب يخاف منه التلف
على نفسه او عضو من اعضائه او غيره اي غير الملجي كالضرب الشديد والحبس المديد على بيع ماله
او نحوه كالشراء سلعة او اجارة داره او على اقرار لرجل بالف مثلا ففعل فهو بالخيار ان شاء فسخ
هذه التصرفات لان الاكراه يعدم الرضاء والرضاء شرط لهذه التصرفات وان شاء امضى
هذه التصرفات واذا باع مكرها يملكه اي المبيع المشتري ان قبض المبيع لان بيع المكره فاسد
لا باطل لان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفوات الوصف وهو الرضا وفي البيع
الفاسد يصير المشتري مالكا بالقبض عندنا وعند زفر لا يملك فيصح اعتاقه اي اعتاق المشتري
وتدبيره واستيلاده وكل تصرف لا يمكن نقضه ولكن لزمه قيمته اي قيمة المبيع فان قبض
البائع بالاكراه ثمنه اي ثمن المبيع طوعا او سلم المبيع طوعا نفذ البيع ولا يبقى لهما ثم حق الرجوع
لان الطوع دليل اجازة البيع ولو اكره على ان ياكل الميتة والدم ولحم الخنزير او شرب الخمر بضرب او حبس

اوقيد لم يحل له ذلك لان الالجاء لا يتحقق بها وحل بالملجي وهو تلف النفس او العضو شرب
الخمر واكل الميتة ونحوه مما عددناه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالشرع في حال الاختيار
وقد تحقق الضرورة ههنا فالحقت هذه الاشياء بسائر الاطعمة والاشربة ولا يسعه الصبر على ما توعد
حتى ان صبر اثم وعن ابي يوسف لا يأثم وهكذا فيمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات يكون
اثما وعند ابي يوسف لا يأثم ورخص به اي بالاكراه الملجي اظهار كلمة الكفر فان ظهر ذلك وكان قلبه
مطمئنا بالايمان لا يأثم لحديث عمار بن ياسر رض فان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب النبي
عليه الصلوة والسلام وذكر الهتهم بخير فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم فان عادوا
فعد اي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانية القلب وبالصبر اي ان صبر حتى قتل او قطع عضوه ولم يظهر
الكفر اجر اي كان ماجورا مثابا فان المشركين اخذوا خبيبا وعاقبوه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب النبي
عليه الصلوة والسلام وهو يسب الهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير فقتلوه فسماه النبي عليه الصلوة
والسلام افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة والفرق بين الكفر والشرب ان شرب الخمر يحل عند
الضرورة والكفر لا يحل ابدا فرخص اظهاره مع قيام دليل الحرمة لان التصديق بالقلب باق فلا يفوت حق الله
بالكلية ورخص بالاكراه الملجي اتلاف مال مسلم لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل
اتلاف المال وقاية لحفظ النفس ولكن اخذ مال الغير ظلم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لله في دفع الظلم
فصار مثابا وان اكره على اتلاف مال مسلم بالحبس او الضرب لا يسعه ذلك وضمن المال المتلف
الحامل اي المكره بكسر الراء لا المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا
القبيل فكان المكره اخذ المكره واتلف به المال لا يرخص بالاكراه الملجي قتله اي قتل المسلم بل
يصبر المكره حتى يقتل فان قتل المسلم كان المكره القاتل اثما ولكن يقاد هو اي الحامل فقط
ان كان القتل عمدا عند ابي حنيفة ومحمد لان الفاعل يصير آلة له وعند زفر يجب القود على المكره
لانه هو القاتل وقال ابو يوسف رح لا يجب القود عليهما وقال الشافعي يجب عليهما اما على الفاعل فلمباشرته
واما الحامل فبالتسبب وصح نكاحه اي نكاح المكره وطلاقه وعتاقه وعند الشافعي رح لا يصح

هذه التصرفات ويرجع المكره بقيمة العبد المعتق على المكره الحامل في الاكراه على الاعتاق لان الاعتاق من حيث انه اتلاف مال يضاف الى الحامل لان الاتلاف فعل يمكن فيه جعل الفاعل آلة للحامل وان لم يمكن جعل الفاعل آلة في التلفظ بالاعتاق ونصف المسمى اي يرجع المكره بنصف المسمى في صورة الاكراه بالطلاق ان لم يطأ لان نصف المهر في معرض السقوط بارتدادها او تقبيلها ابن زوجها فيتأكد بالطلاق قبل الدخول فمن هذا الوجه يكون اتلافا للمال فيضاف الى الحامل بجعل الفاعل آلة له بخلاف ما اذا دخل لان المهر يتأكد بالدخول فلا يجب الضمان فيبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فان قيل المهر يجب بالعقد والطلاق شرط والحكم لا يضاف الى الشرط وايضا سقوط المهر بالفرقة من قبلها مجرد وهم فلا اعتبار له فينبغي ان لا يضمن الحامل على الطلاق وصح نذره حتى لو اكره على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى لزم ذلك وكذا صح يمينه بان اكره على اليمين بشيء من ذلك او بغيره وذلك لان النذر واليمين مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالاعتاق لان اثر الاكراه في فوت الرضاء واثره في عدم اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتاتى فيه اثر الاكراه وصح ظهاره فان اكره على ان يظاهر امرأته كان ظهارا لان الظهار من اسباب التحريم فيستوي فيه الجد والهزل والاكراه ورجعته لانها استدامة النكاح فتلحق به وايلاؤه فان الايلاء يمين في الحال وطلاق في المال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما وفيئه فيه اي في الايلاء لان الفيء كالرجعة في استدامة النكاح وصح اسلامه ولكن بلا قتل لو رجع اي ان اسلم المكره ثم ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة في اسلامه والشبهة دارئة للقتل لا يصح ابراؤه عن دينه او كفيله ولا ردته فلو اكره على الردة لا يرتد ولا تبين امرأته لان الردة يتعلق بالاعتقاد وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت بينونة بالشك وان اكره على الزنى وزنى حد عند ابي حنيفة وعندهما لا يحد الا اذا اكرهه السلطان فحينئذ لا يحد اتفاقا قيل الظاهر ان كون الاكراه مسقطا للحد متفقا عليه فيما بينهم بل هذا الاختلاف انما هو في تحقق الاكراه من غير سلطان فعند ابي حنيفة لا يتحقق الاكراه من غير سلطان كما شاهد في عصره والزنى في الصورة المذكورة لا يكون

مع الاكراه فحد فاذا اكره السلطان فزنى لا يحد لوجود الاكراه هذا وعندهما يتحقق
الاكراه من السلطان وغيره كما هو في عصرهما فلا يحد سواء اكره السلطان او غيره
فيكون هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان وقيل لا بل هذا الاختلاف في حكم

كتاب الحجر والاذن

وهو اى الحجر في اللغة المنع
ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه
يمنعه من القبائح وفي الشرع هو منع نفاذ القول اما افعال الجوارح
فلا يتحقق فيه الحجر فالصبي والمجنون اذا تلفا مال الغير يجب الضمان كما سيجئ
وسببه اى الحجر الصغر فلا يصح تصرف صغير الا باذن وليه والجنون فان كان
المجنون مغلوبا وهو الذي لا يفيق تصرفه لا ينعقد وان لحقه الاجازة لانه عديم
العقل وان لم يكن مغلوبا بان يجن ويفيق وهو المعتوه ينفذ تصرفه
ولكن توقف على الاجازة والرق فالرقيق لا ينفذ تصرفاته الا الطلاق فانه يملك
الطلاق بدون اذن المولى فضمنوا اى الصغير والمجنون والرقيق بالفعل المتلف
اى ان اتلفوا شيئا ضمنوا حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة الانسان فكسرها
يجب الضمان عليه في الحال فكذا العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
في الحال وان اقر العبد بمال لم يلزم في الحال بل اخر الى زمان العتق الاقرار بمال
لان اقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ لمانع
وهو حق سيده فاذا زال المانع بالعتق نفذ اقراره وان اقر العبد
على نفسه بحد كما اذا اقر انه زنى او قصاص كما اذا اقر انه قتل رجلا
عمدا عجل بحد وقود ولا يوخران الى زمان العتق لانه مبقى على اصل
الحرية في الحدود والقصاص لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك
من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولا يحجر بسفه

السفه في اللغة هو خفة يتعرض للانسان من غضب او فرح يحمل على القول من غير
تامل و في لسان اصحاب الشرع وهو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع
الهواء وترك ما يوجب العقل والسفيه من عادته الاسراف وان يتصرف بتصرفات
لا غرض له فيه او لغرض لا يعده العقلاء غرضا او فسق ودين هذا عند ابي حنيفة
وعندهما وعند الشافعي يحجر على المديون ايضا اذا طلب غرماؤه الحجر عليه فيمنعه
القاضي عن البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعي رح يحجر على الفاسق ايضا
زجرا له وحجر مفت ماجن هو الذي يعلم الناس حيلة من الحيل الباطلة مثل ان يعلم
المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها ثم تسلم ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكوة
ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا وان يحل حراما وطبيب جاهل هو الذي يسقي الناس
في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم ومكاري مفلس هو الذي يكاري
الدابة ويأخذ الكراء والناس يعتمدون عليه الاداء فاذا جاء اوان السفر لا دابة
له فيقطع المكتري عن الرفقة فضرر هؤلاء الثلثة عام فالمفتي الماجن يفسد
على الناس دينهم والطبيب الجاهل يفسد ابدانهم والمكاري المفلس يفسد اموالهم
فيحجر عليهم فاذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين
سنة فهذا سن اذا بلغ المرء يمكن ان يصير جدا لان ادنى مدة البلوغ اثنى عشر
سنة وادنى مدة الحمل ستة اشهر ففي هذه المدة يمكن ان يولد له ابن ثم في
ضعف هذه المدة يمكن ان يولد لابنه ابن فيصير في خمس وعشرين سنة جدا وان تصرف غير
الرشيد في ماله صح تصرفه قبله اي قبل خمس وعشرين سنة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز تصرفه في ماله قبله وبعده اي بعد خمس وعشرين سنة يسلم اليه ماله
بلا رشد وقالا لا يسلم اليه ماله حتى يصير رشيدا واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه
حبسه الحاكم اي الحر المديون لدينه واذا حبسه شهرين او ثلثة اشهر يسأل عن ماله

فان لم يظهر له مال على سبيله وان كان دينه دراهم وماله دراهم قضى القاضي بغير امره دينه
من دراهمه لان للدائن حق الاخذ من غير رضائه فللقاضي ان يعينه على ذلك وكذا ان كان
دينه دنانير وماله دنانير قضى القاضي دنانير دينه من دنانيره وان كان دينه دراهم وله دنانير
او على العكس باع القاضي كلا من الدراهم والدنانير لقضاء الاخر وهذا استحسان والقياس
ان لا يباع الدراهم لاجل الدنانير ولا الدنانير لاجل الدراهم لانهما جنسان مختلفان وجه الاستحسان
الدراهم والدنانير جنسان صورة جنس واحد معنى لانهما متحدان في الثمنية لا يبيع القاضي
عرضه وعقاره لان للناس في الاعيان اغراضا فلا يجوز للقاضي ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق
الضرر به اما النقود فهي وسائل ولا غرض في اعيانها وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا امتنع
المديون عن بيع العرض والعقار للدين فللقاضي بيعهما ويقضي دينه ومن افلس ومعه عرض
شراه من رجل لم يعطه ثمنه فبائعه اي بائع ذلك العرض اسوة اي مشارك للغرماء
في ذلك وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري ثم يكون للبائع خيار فسخ البيع وبلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال والاصل فيه ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة لكن الاحبال لا يكون
الا مع الانزال فجعل سببا للبلوغ وبلوغ الجارية بالاحتلام والحيض والحبل فالحبل لا يكون
الا ممن يحبل اذ لا يكون بلا انزال فان لم توجد هذه العلامات فحتى يتم خمس عشرة سنة عند ابي يوسف
ومحمد والشافعي وهو رواية عن ابي حنيفة وبه يفتى وعند ابي حنيفة ثمانية عشر سنة للغلام
وسبعة عشر سنة للجارية وعن ابي حنيفة للغلام تسع عشر سنة وادنى مدته اي مدة البلوغ
له اي الغلام اثنى عشر سنة ولها اي للجارية تسع سنين فصدقا اي الغلام والجارية ح
اي حين بلغ الغلام اثنى عشر سنة والجارية تسع سنة ان اقرا اي الغلام والجارية به اي
بالبلوغ ويكون احكامهما احكام البالغين لان البلوغ امر خفي لا يعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما

فصل في الاذن الاذن في اللغة الاعلام وفي الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق ثم
يتصرف العبد لنفسه باهلية فان الاصل في الانسان ان يكون مالكا للتصرفات فاذا عرض له الرق تعلق الحق

به صار مانعاً لكونه مالكاً للتصرفات فاذا اسقط حقه وازال حجره فهو متصرف بالمالكية
الاصلية لنفسه هذا عندنا وعند الشافعي الاذن توكيل وانابة العبد مقام المولى فلم يرجع بالعهدة
على سيده هذا تفريع على انه يتصرف لنفسه فانه اذا اشترى شيئاً لا يطلب العبد الثمن من المولى
لانه يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب من الموكل ولو اذن العبد يوماً فهو ماذون ابداً الى
ان يحجر لان الاذن اسقاط والاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق ولو اذن في نوع من
التجارة فهو ماذون في جميع انواع التجارة وعم اذنه وعند زفر والشافعي لا يكون ماذوناً
الا في ذلك النوع واما اذا اذن بشراء شيء معين فانه استخدام وليس باذن ويثبت الاذن
صريحاً بان قال اذنت لك ودلالة كما اذا رأى سيده يبيع ويشتري وسكت فانه يصير ماذوناً
عندنا ولا فرق بين ان يبيع عيناً مملوكاً للمولى او الاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعاً صحيحاً او فاسداً
وانما يصير ماذوناً دفعاً للغرور عن الناس وفيه خلاف زفر والشافعي فيبيع ويشتري مطلقاً ولو كان البيع والشراء
بغبن فاحش عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بالغبن الفاحش ويوكل بهما اي بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة
ويرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء فيكونان من توابع التجارة ويتقبل الارض اي يستاجرها
ويأخذها مزارعة ويشتري بذراً يزرعه لان هذه التصرفات يبتغى به الربح ويشاركه شركة
عناناً احترز عن شركة المفاوضة فانه ليس له ذلك فانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها ويدفع
المال مضاربة ويأخذه مضاربة ويستأجر ما يحتاج اليه كالاجير والبيت وغيرهما ويؤجر نفسه
لان الاجارة تجارة وفيه خلاف الشافعي رح ويقر بوديعة وغصب ودين لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم
يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولو كان اقراره بها بعد الحجر فانه ان اقر بعد الحجر ان ما في يده
امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين على نفسه فاقراره جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يصح اقراره
ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه ويهدي طعاماً يسيراً لان التاجر يحتاج اليه لاستجلاب
قلوب المجهزين وعن ابي يوسف رح ان العبد المحجور عليه اذا دفعه المولى
قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام لا باس به بخلاف ما اذا دفعه

فوت شهر لانهم لو اكلوه قبل مضى الشهر لتضرر به المولى وكذا يضيف من يطعمه ومن يعامله لا من يطعمه ويحط من الثمن بعيب فى مبيعه قدر ما يحط بين التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ولا يزوج عبده وامته لانه ليس من التجارة وقال ابو يوسف له تزويج الامة لانه يحصل به المال ولا يكاتب رقيقه لانها ليست بتجارة وكل دين وجب بتجارة كالبيع والشراء وصحة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع ويقبض الثمن ويستحق المبيع من المشترى والثمن قد هلك فى يد البائع او بما هو فى معناها اى معنى التجارة كغرم وديعة جحدها او غصب وامانة جحدها وكذا مال المضاربة والعارية والبضاعة فهذه الاشياء عند الجحود ينقلب غصبا وكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب وضمان الغصب ضمان المعاوضة فكان الدين واجبا بما هو فى معنى التجارة وذكر الامانة بعد الوديعة لان الامانة اعم من الوديعة وعقر وجب بوطى مشتراة بعد الاستحقاق لاستناد الغرم الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب العقر فيكون فى معنى دين التجارة بخلاف ما اذا تزوج المكاتب امرأة فوطيها ثم استحقت لانه موجبه المهر بالنكاح وهو ليس بتجارة يتعلق خبر مبتدأ وهو قوله وكل دين برقبته فيباع المأذون فيه اى كل واحد من الديون المذكورة ويقسم ثمنه بين اصحاب الديون بالحصة ويتعلق بكسبه سواء حصل الكسب قبل لحوق الدين او بعده وبما اتهب اى قبل الهبة فيه هذا عندنا وعند زفر والشافعى لا يباع هو فى الدين لكن يباع كسبه لان غرض المولى حصول ما لم يكن لا فوت مال قد كان ولنا ان الدين ظهر فى حق المولى فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن الناس لا يتعلق دينه بما اخذه سيده من يده قبل الدين بل يسلم للمولى ما اخذه منه لانه وجد شرط الخلوص للمولى وان بقى شئ من ديونه طولب بما بقى من الديون بعد عتقه لثبوت الدين فى ذمته وللسيد اخذ غلة مثله مع وجود دين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز اخذ الغلة مع وجود الدين لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بكسبه ولا يحصل كسب المكاتب الا بنفاذ الاذن فى التجارة فلو منعنا المولى من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب والباقى للغرماء اى ما بقى فى يده بعد اخذ السيد الغلة للغرماء

ويحجر اى يصير العبد المأذون محجورا ان ابق وقال الشافعى يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء
الاذن فان اذن الآبق يصح فلان لا ينافى بقاؤه اولى ولنا ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن فكذا
دلالة الحجر كالتصريح بالحجر وقد وجد دلالة الحجر اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الآبق المتمرد او
مات سيده او جن مطبقا اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لا يحجر او لحق بدار الحرب مرتدا
لان اللحوق موت حكمى حتى يقسم ماله بين ورثته او حجر عليه بشرط ان يعلم هو اى المأذون اكثر اهل
سوقه دفعا للضرر عن الناس وقال الشافعى يصح الحجر عليه بغير علم العبد واهل السوق ويحجر
الامة المأذونة ان استولدها سيدها وعند زفر لا يحجر وضمن المولى قيمتها اى قيمة الامة
المستولدة للغريم لانه اتلف محلا تعلق به الغريم ولو شمل دينه ماله ورقبته لم يملك سيده
ما معه من كسبه هذا عند ابى حنيفة وعندهما يملك لان الرقبة ملكه وكذا الاكساب
وله ان ملك المولى يثبت خلافة عن العبد بعد فراغه عن حاجته وهنا مشغول بحاجته
فلم يعتق من اكتسبه المأذون باعتاقه اى باعتاق السيد عند ابى حنيفة وعندهما
يعتق ويضمن السيد قيمة العبد للغرماء وان لم يشتمل دينه ماله ورقبته جاز اعتاق السيد عبدا
اكتسبه المأذون بالاجماع ويبيع المأذون الذى يشتمل دينه ماله ورقبته متاعه من
سيده بالقيمة لان سيده اجنبى عن ماله اذا كان عليه دين محيط وليس فى البيع بمثل القيمة
ابطال حق الغرماء وان باعها باقل من القيمة لا يجوز عند ابى حنيفة وعندهما يجوز ويخير بازالة
المحاباة او نقض البيع ويبيع سيده متاعه منه بها اى بالقيمة او باقل من القيمة لا لا تهمة
فى هذا البيع فان باع السيد متاعه من المأذون باكثر من القيمة نقض البيع او حط الفضل
لان الفضل تعلق به حق الغرماء فيومر السيد بان ينقض البيع او حط الفضل واذا باع منه شيئا
بطل ثمنه اى سقط عن ذمة العبد ان سلم السيد مبيعه قبل قبضه اى قبض الثمن لان تسليم
المبيع سقط حق المولى فى الحبس ولم يبق اليد الذى كان ثابتا له فلو بقى الثمن يبقى دينا فى ذمة العبد
والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى احق بذلك العرض من

الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه وان باع من العبد شيئا ولم يسلم المبيع اليه يكون له اى للمولى حبس مبيعه فى يده لاستيفاء ثمنه لان البائع له حق حبس حق المبيع حتى يستوفى الثمن وصح اعتاقه اى اعتاق السيد عبدا ماذونا مديونا سواء كان الدين محيطا او لم يكن لان ملك المولى فيه باق وضمن سيده للغرماء الاقل من قيمته ومن دينه اذا كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين اذ لا حق للغرماء الا فى الدين وان كان القيمة اقل من الدين ضمن القيمة لانه تعلق حقهم بالقيمة والسيد اتلفها بالاعتاق ولو قدم عبد مصرا قال انا عبد فلان واشترى وباع فهو على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق عدلا كان او غير عدل ويكون ماذونا وثانيهما ان يكون ساكتا عن اذنه وحجره ولا يخبر بشئ فهو ماذون استحسانا والقياس ان لا يكون ماذونا لان السكوت يحتمل بين الحجر والاذن وجه الاستحسان الظاهر انه عبد ماذون حملا لامر المسلم على الصلاح ودفعا للضرر عن الناس ولكن لا يباع العبد لدينه الا اذا اقر سيده باذنه بعد ما حضر وان قال السيد هو محجور فالقول له لانه تمسك بالاصل وهو الحجر وانما المولى اذا لم يقر بالاذن فالدين لا يظهر فى حقه والمعاملون انما تضرروا لانهم اعتمدوا على ظاهر الحال والمولى لم يغرهم وتصرف الصبى ان نفع نفعا محضا كالاسلام فانه اعظم المنافع والاتهاب اى قبول الهبة صح بلا اذن من المولى وقال الشافعى رح لا يصح وان ضر للصبى كالطلاق والعتاق لا يصح وان اذن به اى بتصرف الضار وما نفع وضر كالبيع والشراء فانه يصح هذا النوع من التصرف ينعقد لكن علق نفاذه باذن وليه حتى نفذ بيعه وشراءه باذن وليه بشرط ان يعقل ان البيع سالبا للمبيع والشراء يكون جالبا له للمبيع والحاصل ان الصبى مستحق للنظر والتصرفات ثلاثة ضار محض كالطلاق والهبة والصدقة فلا يملك الصبى وان اذن له وليه ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملك الصبى بغير اذن وليه ودائر بين النفع والضر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملك بدون الاذن لان الصبى العاقل يشبه المكلف من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذى لا عقل له من حيث انه لم يتوجه اليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه

بالبالغ في النافع المحض وبالطفل بالضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن
وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون هذا
النوع من التصرف منعقدا موقوفا بالاجازة ووليه اي ولي الصبي ابوه ثم وصيه
وهو الذي استخلفه ابوه بعد موته بالتصرف في مال ولده ثم جده وهو اب الاب وان علا ثم
وصيه اي وصي الجد ثم القاضي او وصيه وهو الذي امره القاضي بالتصرف في مال اليتيم وانما
سمي وصيا مع ان الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه كوصي الاب فان فعل القاضي يصير كفعل
الاب فاما الام فلا يصح الاذن منها له في التجارة ولو اقر الصبي المأذون للولي او لغيره بما معه اي في
يده من كسبه او ارثه صح لان الولي اذا اذن الصبي بالتجارة صح اقراره بكسبه لانه من تمام التجارة اذ لو لم
يصح لا يعامله الناس مع ان اقرار الولي لا يصح صح اقراره بارثه ايضا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه
لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجة الى ذلك ولا حاجة في الموروث عن ابيه

كتاب الوصايا

هي جمع وصية يقال اوصى فلان الى زيد ولعمرو بكذا ايصاء
ووصى به توصية والوصية والوصاية اسمان في معنى المصدر وهي اي الوصية ايجاب
بعد الموت والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية الا انا
استحسنا جوازها لحاجة الناس لان الانسان يريد ان ينتفع بماله مدة الحياة ثم بعد موته
يصرفه الى الخيرات فيحتاج الى تصرف يفيد هذا الغرض وقد بقي المالكية بعد الموت باعتبار
الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين والدين وندبت الوصية باقل من الثلث وقال بعض
الناس الوصية واجبة على من له يسار عند غنى ورثته اي الموصي او استغنائهم
بحصتهم من الميراث كتركها اي الوصية بلا احدهما اي ندب ترك الوصية ان لم يكن
الورثة اغنياء ولا يصيرون اغنياء بحصتهم من الميراث لان ترك الوصية صدقة
على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي والاولى اولى لقوله عليه
الصلوة والسلام افضل الصدقة على ذي رحم محرم كالشيخ وقيل يخير في هذه الحالة

هذين العبدين ولم يجزه الورثة صار المحاباة بقدر الصلح فيكون بينهما اثلاثا يأخذ الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف بجميع الالف لانها يزيد على ثلث المال والا في السعاية صورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازه الورثة يعتقان جميعا وان لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الالف للذي قيمته الفان وتسعى في الباقي وثلث الالف للذي قيمته الف والا في الدراهم المرسلة اي المطلقة غير المقيدة بانها اي جزء من المال اي نصفه وثلثه ونحوهما وصورته ان يوصي لرجل بالف درهم ولاخر بالفين وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لكل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث وانما فرق ابو حنيفة بين هذه الصور الثلث وبين غيرها لان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع ابطل الوصية في الزائد على الثلث يكون ذكره لغوا لان اللفظ في جزء لم يصح فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف ما اذا لم يكن مقدرة بانه باي شيء من المال كما في الصور الثلث فانه ليس في العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم يكن له مال صلا عند الوصية فالوصية بالدراهم المرسلة صحيحة لاحتمال ان يستفيد مالا واذا لم يكن باطلة بالكلية يكون معتبرة في حق الضرب فان هذا فرق دقيق كذا في الكافي ابي حنيفة والوصية بمثل نصيب ابنه صحت لان مثل شيء غيره وهذا بخلاف الوصية بنصيبه اي نصيب الابن لا يصح لان نصيب الابن مال الابن فيكون الوصية بمال الغير فلا يصح وقال زفر يصح والعبرة بحال العقد في التصرف المنجز ثم النظر فيه ان منجز هو الذي يوجب حكمه في الحال ويضاف الى الموت وهو الذي يوجب حكمه بعد الموت كانت

حر بعد موتی او قال هذا لزيد بعد موتى فهو المنجز يعتبر حال التصرف فان كان فى حالة
الصحة فمن كل المال ينفذ التصرف المنجز والا اى وان لم يكن التصرف المنجز فى حال الصحة بل كان
فى المرض فمن ثلثه اى من ثلث المال يعتبر والمراد بالتصرف المنجز الذى هو انشاء و
يكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال وكذا النكاح
بمهر المثل ينفذ من كل المال واما التصرف المضاف الى موته فيعتبر من الثلث وان كان فى
حال الصحة فان دبر عبده فى حال الصحة او فى حال المرض يعتبر من ثلث ماله وكل مرض صح منه
فهو كالصحة لان حق الورثة او الغرماء انما يتعلق بماله فى مرض الموت ومن اعتق عبدا فى مرضه
او باع وحابا او وهب او ضمن كان حكم عتاقه ومحاباته وهبته وضمانه حكم وصية
فى حق الاعتبار من الثلث وليس المراد فى هذه التصرفات وصية حقيقة لان الوصية
ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة **فصل** ومن اوصى شيئا لجاره يدخل فى جاره
من التصق داره به اى داره بداره عند ابى حنيفة وزفر وعندهما الجار كل يسكن محلة الموصى و
يجمعهم مسجد المحلة ومن اوصى لصهره يدخل فى صهره كل ذى رحم محرم من عرسه وكذا
يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة كل رحم محرم منه لان الكل
صهر فلا يدخل تحت الوصية من كان صهر الموصى يوم موته لان المعتبر حال الموت ومن
اوصى لختنه يدخل فى ختنه كل زوج امرأة ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات
والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم منه من ازواج هؤلاء كذا ذكره محمد وعندهما
يتناول كل من عياله ونفقته سوى مماليكه واهله عرسه فان اسم الاهل حقيقة فى ذلك
وهذا عند ابى حنيفة وعندهما يتناول كل من فى عياله وفى نفقته سوى مماليكه اعتبارا
للعرف ومن اوصى لآله يدخل فى آله اهل بيته ويدخل فيه ابوه وجده وكل من ينتسب اليه
من قبل ابائه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر
لان الآل القبيلة التى ينسب اليها ولا يدخل فيه اولاد الاخوات ولا احد من قرابة

ام الموصى لانهم لا ينسبون الى الاب للوصى لا كبر واقاربه وذوا انسابه محرماه اى من اوصى للاقارب ولذى انسابه يدخل فيه محرماه اى ان كان له محرماه فقط يصرف الوصية اليهما لان اقل الجمع فى الوصية اثنان فصاعدا من كل ذى رحم محرم يقدم الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه كما فى الميراث غير الوالدين والولد اى ولا يدخل فى هذه الوصية الاب والام والولد ولهذا قيل من قال للوالد قريبا فهو عاق ولكن يدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخل فيه وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له ادرك الاسلام وعند بعض المشائخ الى اقصى اب له اسلم وفى ولد زيد اى لو اوصى لولد زيد الذكر والانثى سواء لان اسم الولد ينتظم الكل وفى ورثته ذكر كانثيين اى لو اوصى لورثة زيد فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين كما فى الارث فان لفظ الورثة يدل على ذلك وفى بنى فلان الانثى منهم اى لو اوصى لبنى فلان يدخل فيه انثى وهذا قول ابى حنيفة اولا وهو قول محمد لان اسم بنى فلان يتناول الانثى ايضا بل هذا اللفظ للذكر لا غير وبطلت الوصية لموالية وفيهم له معتقون ومعتقدون الا ان يبين ذلك فى حياته لان لفظ المولى مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما فوجب التوقف وقال الشافعى الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابى حنيفة وهو قول زفر وصحت الوصية بخدمة عبد وسكنى داره مدة معينة وابدا لان المنفعة تحتمل التمليك فى حال الحيوة فكذا بعد المماة وصحت الوصية بغلتهما اى غلة عبده وداره فان خرجت الرقبة اى رقبة العبد والدار من الثلث سلمت الرقبة اليه اى الى الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار ومستغلهما والا اى وان لم يخرج الرقبة من الثلث مثلا ان لا مال له سواهما قسمت الدار اثلاثا يسكن الموصى له او يستعمل ثلثها والورثة ثلثين وتهايا فى خدمة العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين

ولو

ولو قسمت الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا وبموته اي الموصى له في

حياة موصيه تبطل لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وبموت الموصى له بعد موته

اي بعد موت الموصي يعود الموصى به الى الورثة اي ورثة الموصى له بحكم الملك فان الرقبة

ملكهم وصحت الوصية بثمرة بستانه ثم ان مات الموصي وفيه ثمرة فللموصى له

هذه الثمرة فقط دون الثمرة التي تحدث بعدها وان ضم ابدا وقال له ثمرة بستاني

ابدا فله هذه الثمرة وما يحدث بعدها فيما يستقبل ما عاش الموصى له كما في غلة

بستانه اي ان اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وما يحدث فيما يستقبل

وان لم يقل ابدا والحاصل ان الثمرة لا يتناول الحادث بعدها الا ان يزيد ابدا

والغلة يتناولهما وان لم يقل ابدا وصحت الوصية بصوف غنمه وولدها ولبنها وكان

له اي للموصى له ما في بطونها وما في ضرعها من اللبن وما على ظهر الغنم من

الصوف في وقت موته اي موت الموصي سواء ضم قوله ابدا او لا والفرق بينهما وبين

ما تقدم ان الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقها بالعقود فانها يملكه بالبيع

وغيره فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشيء من العقود فلا

يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا اما الثمرة والغلة المعدومة فيصح استحقاقها

بعقد المزارعة والمعاملة فيصح بعقد الوصية ايضا بل اولى لانها اوسع واذ صنع

يهودي او نصراني بيعة او كنيسة ثم مات يورث بيعة وكنيسة جعلتا في الصحة

لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف يورث فلا يلزم فكذا هذا واما

عندهما فلان هذا معصية فلا يصح والوصية بجعل احدهما اي ان اوصى

يهودي او نصراني ان يجعل القوم مسمين بيعة او كنيسة تصح والقوم غير مسمين

يصح عند ابي حنيفة لا عندهما قال مشائخنا هذا الاختلاف فيما اذا

اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق والمراد

بالقرى هنا ما ليس فيه من شعائر الاسلام شئ اما اذا كانت قرية فيها من شعائر الاسلام شئ فهي كالمصر

فصل

ومن اوصى الى زيد يقال اوصى الى فلان اى فوض اليه التصرف في ماله بعد موته وقبل زيد الوصية عنده اى عند الموصي وفي وجهه فان رد بعد القبول عنده وفي وجهه رد لانه متبرع في ذلك فان شاء اقام عليه وان شاء رجع وليس في الرجوع غرور وتغرير والا اى وان لم يرد عند الموصي في وجهه بل ردها في غير وجهه لا يكون ردا لانه اعتمد عليه الموصي فان صح الرد بغيبته في حيوته ورد بعد مماته يلزم الغرور فان اوصى الى زيد وسكت من الرد والقبول في حيوته فمات موصيه فله رده وضده اى القبول ولزم الوصية ببيع شئ من التركة بعد موت الموصي اى ان باع هذا الساكت بعد موت الموصي شيئا من التركة لزم بيعه وان جهل به اى بالايصاء لوجود دليل القبول وهو التصرف في التركة فان رد بعد موته ثم قبل صح اى ان مات الموصي وهو لم يقبل ولم يرد في حياته فقال بعد موته لا اقبل فاذا قبل بعد ذلك يصح الا اذا نفذ القاضي رده ولو اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه وبدله القاضي بغيره وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج عن الوصية والتبديل انما يكون بعد الوصية وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل في جميع هذه الصور وقيل في العبد باطل وفي غيره سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا ولو اوصى الى عبده صح ان كان كل ورثته صغارا واذا كان الورثة كبارا او صغارا لم يصح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصح في الوجهين لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع وله ان لعبده من الشفقة ما لا يكون لغيره والصغار وان كانوا ملاكا لكن ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة بخلاف ما اذا كان البعض كبارا اذ لهم المنع وبيع نصيبهم من هذا العبد ولو اوصى الى عاجز عن القيام بها اى بالوصية ضم القاضي اليه غيره اذ لو لم يفعل يتضرر موصيه بعجزه عن التصرف والورثة بترك التصرف ويبقى ان يقدر اى اذا كان الوصي امينا يقدر على التصرف لا يجوز للقاضي اخراجه بل يجب تبقيته ولو اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما اى

لا یکون لاحدهما ان یتصرف دون صاحبه الا بشراء کفنه ای کفن الموصی و تجهیزه لانه ربما یکون احدهما غائبا ففی اشتراط اجتماعهما فساد المیت والا فی الخصومۃ فی حقوقه علی الناس لانه لا یمکن اجتماعهما فانهما ان حضرا یتکلم الا احدهما وفی اجتماعهما شغب والا فی قضاء دینه بجنس حقه وطلبه لانه لا یحتاج فیه الی الرأی والا فی شراء حاجۃ الطفل مثلا طعاما وکسوۃ ففی التاخیر خوف هلاکه جوعا او عریانا والا فی الاتہاب له والا فی اعتاق عبد عین واحد الوصیین یملك عتاقه لعدم الاحتیاج الی الرأی بخلاف اعتاق العبد الغیر المعین والا رد ودیعۃ والا تنفیذ وصیۃ بشرط ان یکون الودیعۃ معینتین لعدم الاحتیاج الی الرأی والا فی جمع اموال ضائعۃ لان فی التاخیر خشیۃ الفوت والا فی بیع ما یخاف تلفه لان فیه ضرورۃ وما سوی ذلك من البیع والرهن والاجارۃ والکفالۃ والکتابۃ ای جعل العبد مکاتبا وما اشبه ذلك فلا ینفرد احد الوصیین بذلك وعند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح وعند ابی یوسف ینفرد کل من الوصیین فی جمیع الاشیاء واذا مات الوصی وقد اوصی الی اخر فہو وصی الوصی وصی حتی تصرف فی ماله ای مال الموصی ومال موصیه ای الموصی الاول وصی عندنا وعند الشافعی رح لا یکون الثانی وصیا فی مال الموصی الاول ولا یبیع وصی ولا یشتری الا بما یتغابن الناس فیه فللوصی ان یبیع مال الصبی من النقود لا من الاجنبی بمثل القیمۃ او بما یتغابن الناس فیه وهو ما یدخل تحت تقویم المتقومین ویجوز له ان یشتری للصبی لاجنبی کذلك لا بالغبن الفاحش واما من نفسه فان کان الموصی وصی الاب یجوز الا ان کان وصی القاضی لکن یشترط ان یکون فیه منفعۃ ظاهرۃ وفسر ذلك بان یبیع ماله من الصغیر وهو یساوی خمسۃ عشر بعشرۃ واشتری ماله لاجل نفسه وهو یساوی عشرۃ بخمسۃ عشر وهذا عند ابی حنیفۃ وابی یوسف رح وعند محمد لا یجوز هذا بکل حال وصح للوصی بیع عقار الموصی اذا کان الورثۃ کلهم صغارا سواء کانوا حظوظا او غیبا وعلی المیت دین او لا ولکن انما یبیع بمثل القیمۃ وما یتغابن فیه قیل هذا جواب السلف وجواب المتاخرین انه انما یجوز بیع عقار الصغیر اذا کان

اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى ويدفع الوصي ماله الى ورثة الموصي مضاربة وشركة وبضاعة ويحتال بمال اليتيم على الاملى لان ولاية الوصي نظرية لا يحتال على الاعسر لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولا يقرض مال اليتيم ويجوز للوصي ان يبيع ما على الكبير الغائب كل شئ من ماله الا العقار لانه قائم مقام الموصي وهو الاب مثلا ولا ولاية له على ابنه الكبير فكذا وصيته الا ان يبيع المنقول لانه من الحفظ لانه ياتي عليه اسباب التوى فكان البيع حفظا له اذ حفظ الثمن ايسر وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه ولا يتجر الوصي في ماله لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة

كتاب الخنثى

هو ذو فرج اريد به قبل المرأة وذكر فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى وان بال منهما حكم بالاسبق خروجا وجعل بلا معارض وان استويا في السبق فمشكل ولا يعتبر الكثرة في البول عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعتبر الكثرة فان بلغ وخرج له لحية او وطئ امرأة او احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستوي فهو رجل وان ظهر له ثدي كثدي المرأة او انزل له لبن خالص او حاض او حبلت او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة وان لم يظهر علامة احدهما اي الرجل والمرأة وذلك بان لم يظهر له شئ من علامات الذكور والاناث او ظهرت علا الرجال والنساء كما خرجت له لحية وظهر له ثدي فمشكل والاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط في امور الدين وان لا يحكم بشئ وقع الشك في ثبوته فان قام خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال والنساء فان قام في صفهن اي صف النساء عاد صلاة احتياطا لاحتمال انه رجل وان قام في صفهم اي الرجال فصلاة تامة ويعيد صلاة من بجنبه اي الذين عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه لاحتمال انه

امراة وصلى بقناع وان صلى بغير قناع يعيدها استحسانا ولا يلبس حريرا وحليا و
لايكشف عند رجل و امراة ولا يخلو به غير محرم رجل وامراة ولا تسافر بلا محرم من الرجال
وكره للرجل والمراة ختنه وتشترى من ماله امة تختنه ان ملك مالا فان الخنثى ان كان
ذكرا فنظر الامة الى عورته كنظر مملوكة الى سيده وان كانت امراة فانه نظر الجنس الى الجنس
وانه مباح حال العذر والا اى وان لم يكن له مال فمن بيت المال اى يشترى الامة
لتختنه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ثم تباع الامة ويرد ثمنها الى بيت المال
وان مات قبل ظهور حاله لم يغسل اى رجل وامراة وييمم من التيمم وهو جعل
الغير ذا تيمم ذكرا او انثى ولا يحضر حال كونه مراهقا غسل ميت ذكرا كان الميت
او انثى وندب تسجية قبره لانه ان كان انثى فقد اقاموا واجبا وان كان ذكر
فالتسجية لا يضره وان مات هو اى الخنثى ورجل وامراة وضع الرجل بقرب
الامام ثم وضع هو اى الخنثى ثم وضعت المراة اذا صلى عليهم فقدم على المراة
ويؤخر على الرجل ليكون جنازة المراة ابعد عن عيون الناس ثم الخنثى فان تركه
اى الخنثى ابوه وترك ابنا معروفا فله سهم من الارث وللابن المعروف سهمان
وهذا عند ابى حنيفة فان عنده له اى للخنثى اقل نصيبين اى ينظر الى نصيبه
ان كان ذكرا والى نصيبه ان كان انثى فاى منهما يكون اقل فله ذلك ففى هذه
الصورة يكون ميراثه على تقدير الانوثة اقل فله ذلك وان تركت المراة زوجا وجدة واخا
لاب وام وهو انثى فعلى تقدير الانوثة له ثلاثة من سبعة وعلى تقدير الذكورة له اثنان
من ستة وهذا هو اقل فله ذلك وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وعند الشعبى
رحمه الله تعالى وهو قول ابن عباس رض له اى للخنثى نصف نصيبين اى يجمع بين
نصيبه اذا كان ذكرا وبين نصيبه ان كان انثى فله نصف ذلك المجموع وهو
فى هذه الصورة ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف وفى تخريج القسمة بين الخنثى والا

المعروف لان الخنثى ان كان ذكرا فله سهم كالابن المعروف وان كان انثى كان نصف سهم فيعطى نصف النصيبين وذلك ثلثة ارباع السهم لان نصف نصيب الذكر نصف سهم ونصف نصيب الانثى ربع سهم فصار للخنثى ثلثة ارباع السهم وبعد البسط وهو جعل كل كسر سهما صحيحا يصير للابن المعروف اربعة وللخنثى ثلاثة بان يجعل كل ربع سهما لان المخرج اربعة فيصير المجموع سبعة ونصف النصيبين خمسة من اثنى عشر سهما عند محمد وفى تخريجه القسمة لان الخنثى لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف الثلث فيحتاج الى عدد له نصف ولنصفه نصف وله ثلث ولثلثه نصف واقله اثنى عشر ففى حال له نصف نصفه ثلثة وفى حال له نصف ثلث وهو اثنان فيكون خمسة والباقى وهو سبعة للابن المعروف

مسائل شتى

كتابة الاخرس وايماؤه بما يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وقوده كالبيان فالكتابة على ثلثة اوجه متبين مرسوم اى معنون نحو من فلان الى فلان كما يكون على كاغذ وهى يجرى مجرى النطق فى الحاضر والغائب ومتبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على اوراق الشجر او على الكاغذ لكن لا على رسم الكتابة لان لا يكون معنونا فهو بمنزلة الكتابة لابد له من البينة والقرينة كالاشهاد مثلا وغير متبين وغير مرسوم كالكتابة على الهواء او على الماء فلا اعتبار بها ولا يثبت بها حكم واما الايماء فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام المذكورة لضرورة لانها من حقوق العباد والغالب فى القصاص حق العبد ولكن لا يحد ولا يفرق بين القصاص والحد هو ان الحد لا يقام الا ببيان لا شبهة فيه الا ترى ان الشهادة بالوطى الحرام والاقرار به لا يوجب الحد ما لم يصرح بالزنى والقصاص يقام بالشهادة والاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد